



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

**FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE EFEITOS *PROCOLLUSIVE* NO
PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE**

RAFAEL BRAIAN GONÇALVES BITENCOURT

BRASÍLIA

2018

RAFAEL BRAIAN GONÇALVES BITENCOURT

**ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE EFEITOS *PROCOLLUSIVE* NO
PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE**

**Monografia apresentada à Banca
Examinadora da Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília como
requisito parcial à obtenção da
outorga do grau de Bacharel em
Direito.**

**Orientador: Prof. Marcelo Pontes
Vianna**

BRASÍLIA

2018

RAFAEL BRAIAN GONÇALVES BITENCOURT

Análise da Possibilidade de Efeitos *Procollusive* no Programa de Leniência do CADE

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito para a obtenção do título de bacharel em Direito.

A candidato foi considerado aprovado pela banca examinadora.

Professor Mestre Marcelo Paiva Vianna

Orientador

Professor Doutorando Victor Oliveira Fernandes

Membro

Professora Doutoranda Carolina Saito da Costa

Membro

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes

Membro Suplente

Brasília, 5 de dezembro de 2018.

AGRADECIMENTOS

Uma página para agradecimentos não é suficiente para que eu expresse a minha gratidão a todos os que me acompanharam nesse longo processo de formação e foram indispensáveis para a conclusão desta pesquisa. Assim, só me resta esboçá-la brevemente na esperança de ao menos enunciá-la.

No âmbito acadêmico, agradeço por todo o apoio a mim concedido pelo meu orientador, Marcelo, por somar forças e ganas na reta final para que essa pesquisa fosse concluída. Não posso deixar de mencionar também a Professora Daniela, coordenadora de graduação, por ser sempre solícita, pronta para ajudar e por abrir as exceções que eu precisava. São acadêmicos que mostram que a academia pode sim ser humana e, dessa forma, lograr máxima eficiência na produção de conhecimento. Obrigado!

Na vida pessoal, ao meu pilar, minha mãe, Graça, meu orgulho, aquela que não me deixa parar de acreditar em mim, que sofre e se alegra comigo e por mim, que me dá as ferramentas, que me inspira e que me ensinou a sonhar longe. Sem sombra de dúvida, sem ela, eu nada seria. Muito obrigado!

Ao meu segundo pilar, meu irmão Bruno, por nunca duvidar, por me ensinar a descomplicar. Obrigado!

À minha avó, Francisca, por sempre achar que eu já houvesse terminado. Benção! Obrigado!

Ao meu pai, Nelson, por não acreditar que eu não fosse conseguir. Obrigado!

Ao Mozão, Isadora, por ser a bússola e óculos que me mostraram o caminho. Obrigado!

Ao Caixeta, por estar presente e ser minha injeção de motivação. Obrigado!

Ao Fabiano, por abrir portas e instigar a curiosidade. Obrigado!

Ao Papete, por ser a pessoa certa, no lugar certo, na hora certa. Obrigado!

A todas e todos que estão ao meu lado, que me falam e me ouvem; que me querem e por mim são queridos; que não hesitam ao serem convocados; que estão lá quando preciso; que as energias me permitem chamar de amigos. Obrigado!

“

“Quem caminha sozinho pode até chegar mais rápido, mas aquele que vai acompanhado, com certeza vai mais longe.”

Clarice Lispector

RESUMO

A presente pesquisa tem o intuito de analisar a possibilidade de efeitos *procollusive* no Programa de Leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. O Programa tem obtido um êxito inédito, suportado pelos números apresentados. No entanto, surge a preocupação com a possibilidade de que esse suposto sucesso, na verdade, não represente necessariamente a efetividade deste, principalmente no tangente aos efeitos de longo prazo do Programa de leniência. Através do estudo comparado com o ordenamento jurídico estadunidense, supostamente o mais eficaz dentre os programas de leniência, pretende-se levantar questões preocupantes concernentes ao programa brasileiro. Para tanto, é feita uma revisão de literatura das áreas de conhecimento de Direito e Economia que aborde os efeitos e objetivos dos programas de leniência, além de estudo comparado da prática dos dois programas. Destaca-se a adoção, pelo modelo brasileiro, do benefício da leniência *plus*, instrumento desenvolvido nos Estados Unidos, mas de uso pouco frequente em outros ordenamentos, como um dos fatores que mais merece atenção. Por fim, são feitas indagações a respeito dos programas brasileiro e estadunidense, de forma levantar hipótese sobre os possíveis efeitos do uso das polêmicas ferramentas, além de possíveis soluções para a problemática.

Palavras-chave: Cartel. Leniência. Cade. Leniência Plus. Penalty Plus. Defesa da Concorrência. Lei 12.529/11. Direito comparado. Direito econômico. Direito concorrencial.

ABSTRACT

This research aims to analyze the possibility of procollusive effects in the Administrative Council for Economic Defense – Cade’s leniency program. The program has achieved unprecedented success, supported by the numbers presented. However, there is a concern with the possibility that this accomplishment, in fact, may not necessarily represent its effectiveness, especially in regard of the long-term goals of leniency. Through the compared study with the United States’ Law, supposedly the most effective among the leniency programs, we intend to raise worrying questions concerning the Brazilian program. To this end, a literature review in law and economics is carried out to understand the effects and objectives of leniency programs, as well as a comparative study of the practice of the two programs. We highlight the adoption, by the Brazilian model, of leniency plus, an instrument developed in the United States, but of infrequent use in other systems, as one of the most noteworthy factors. Finally, inquiries are made regarding the Brazilian and American programs, in order to raise a hypothesis about the possible collusive effects from the use of controversial tools, and also possible solutions to the problem.

Keywords: Cartel. Leniency. Amnesty. Cade. Leniency Plus. Amnesty Plus. Penalty Plus. Competition Enforcement. Brazilian law 12.529/11. Comparative law. Economic law. Competition law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 – PROGRAMAS DE LENIÊNCIA: DO SURGIMENTO DO DIREITO CONCORRENCIAL À LENIÊNCIA PLUS	13
1.1. O QUE SÃO CARTÉIS?	13
1.2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O COMBATE A CARTÉIS	13
1.3. O QUE É LENIÊNCIA	15
1.3.1 A Teoria dos jogos aplicada à leniência	17
1.3.2 A Leniência Plus	18
CAPÍTULO 2 – O PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE E A LENIÊNCIA PLUS NO BRASIL	19
2.1. O PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE	19
2.1.1 Critérios para a Concessão da Leniência	20
2.1.2 Etapas para a assinatura do Acordo de Leniência	21
2.1.3. Termo de Compromisso de Cessação	23
2.2. A LENIÊNCIA PLUS NO BRASIL	24
CAPÍTULO 3 – A LENIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS	28
3.1 <i>THE ANTITRUST DIVISION'S LENIENCY PROGRAM</i>	28
3.2 <i>AMNESTY PLUS</i>	35
3.2.1 <i>Penalty Plus</i>	37
3.2.3 <i>Omnibus Question</i>	39
CAPÍTULO 4 – DOS DESAFIOS E DAS INQUIETUDES RELACIONADOS AO USO DA LENIÊNCIA NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	41
4.1. A EVOLUÇÃO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO BRASIL	41
4.1.1 O grande <i>boom</i> da leniência e da leniência plus no Brasil	43
4.2 O USO ESTRATÉGICO DA LENIÊNCIA, OS EFEITOS PROCOLLUSIVE NO BRASIL E AS INSEGURANÇAS QUANTO À LENIÊNCIA PLUS	45
4.2.1 As partes interessadas na leniência plus	46
4.2.2 A ausência de <i>Penalty Plus e Omnibus Question</i>	47
4.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES	50
4.3.1 <i>Plus Package</i> no Brasil?	50
4.3.2 Uma ou múltiplas conclusões? Uma solução para os <i>procollusive effects</i> ?	53
CONCLUSÃO	55
BIBLIOGRAFIA	58

INTRODUÇÃO

A Defesa da Concorrência tem ganho cada vez mais destaque para o ordenamento jurídico brasileiro. Essa crescente preocupação com a preservação da ordem econômica nacional culminou na promulgação da Lei nº 12.529/2011¹, também conhecida como Lei de Defesa da Concorrência. Dentro desse contexto, o Programa de Leniência é atualmente uma das principais ferramentas à disposição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)² no combate a cartéis (ATHAYDE; FIDELIS, 2016), experiência esta compartilhada com diversas outras autoridades antitrustes de jurisdições estrangeiras.

O Programa de Leniência compõe-se de um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito de direito e garantias previstos nos artigos 86 e 87³ da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2016). Este permite que empresas ou indivíduos que tomaram parte numa conduta anticoncorrencial celebrem um acordo administrativo, desde que se comprometam a cessar a conduta ilegal, a denunciar e confessar a participação na prática da infração à ordem econômica, bem como a cooperar com as investigações, apresentando informações e documentos relevantes para o detalhamento da conduta a ser investigada. Trata-se, portanto, de medida que visa a desestabilizar organizações ilegais, por meio da concessão de benefícios àqueles que decidem denunciar seus associados.

Dados mostram que o programa brasileiro é um dos mais ativos dentre os países em desenvolvimento e ganha destaque, até mesmo, quando comparado com os adotados por países desenvolvidos (ATHAYDE; FIDELIS, 2016). O destacado papel deste torna relevante o estudo de seu funcionamento e justifica a busca por novas abordagens acadêmicas que visem avaliar sua eficácia e permitam assegurar a efetiva atuação do Cade na investigação e no desmantelamento de cartéis.

¹ Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

² O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) é a autoridade administrativa máxima do Poder Executivo no combate a condutas anticoncorrenciais em âmbito nacional. Trata-se de uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça e suas competências e funções lhe são atribuídas pela Lei nº 12.529/2011, Lei de Defesa da Concorrência. Sua razão de existir é zelar pela livre concorrência no mercado, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.

³ Esses dois dispositivos compõem todo o capítulo da Lei nº 12.529/2011 que trata do Programa de Leniência.

O Programa de Leniência adotado pelo Cade é previsto por diferentes institutos jurídicos. Dentre as ferramentas das quais lança mão o Cade em seu Programa, talvez a mais debatida delas seja a chamada leniência *plus*, que atualmente se encontra prevista no art. 86 da Lei de Defesa da Concorrência e no art. 250 do Regimento Interno do CADE – RICADE.

Por meio da leniência *plus*, um integrante de um cartel que foi denunciado por um de seus participantes e, portanto, não conseguiu se qualificar para um acordo de leniência, pode assegurar uma redução de multa em relação a esse cartel, caso ele consiga levar ao Cade a notícia de outra conduta anticoncorrencial que se dava em outro mercado. Nessa situação, o integrante do cartel firmará um acordo de leniência acerca da conduta que não se tinha conhecimento e firmará um Termo de Compromisso de Cessão (TCC) em relação ao cartel original, acrescido do desconto de 1/3 (um terço) da multa aplicável, referente à leniência *plus*.

O *International Competition Network's (ICN)⁴ Enforcement* menciona que a leniência *plus* é um dos elementos que com menos frequência se encontra como parte integrante de programas de leniência em jurisdições do globo. No entanto, no Brasil, sua utilização tem conquistado espaço nos holofotes e se tornado cada vez mais frequente. Para mensurar tal aumento, é importante ressaltar que, apesar do benefício se encontrar presente na legislação desde 2000⁵, ele só veio ser concedido pela primeira vez no Brasil em 2015. Todavia, de forma surpreendente, até novembro de 2018, já haviam sido feitos 23 pedidos de leniência *plus* à superintendência do Cade⁶.

O aumento na utilização da leniência *plus* por parte do Cade é um fenômeno que merece estudo mais aprofundado. O simples crescimento no emprego do instituto não é evidência de sua efetividade. Ao contrário do que se pode imaginar numa primeira análise, a busca pela leniência *plus* pode significar que o instrumento esteja fomentando a formação de novos cartéis, ao invés de melhorar sua repressão. É necessária, então, uma análise a respeito do alinhamento ou não da aplicação da leniência *plus* no modelo brasileiro com os objetivos que justificam o Programa de Leniência do Cade.

⁴ A *International Competition Network – ICN*, criado em 2001, funciona como um fórum independente e especializado em defesa da concorrência, do qual participa, cerca de 104 agências de defesa da concorrência do mundo todo. O Fórum tem o objetivo de promover a convergência global em torno do tema de defesa da concorrência. (BRASIL, 2018).

⁵ A ideia básica da leniência foi inserida no Brasil a partir da Lei nº 10.149/2000 (anterior Medida Provisória 2055/2000) e reformulada na Lei 12.529/2011 [...]. (MORAIS; BONACCORSI, 2016, p. 3)

⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Programa de Leniência**. Maio, 2016 Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

Como base para o presente estudo, serão amplamente aproveitadas as proposições feitas por Martynizin (2014), o qual questiona o otimismo que geralmente acompanha as discussões sobre a aplicação da leniência⁷. Segundo esse autor, a leniência *plus*, como ferramenta, foi empregada com sucesso nos EUA. No entanto, alerta que outras legislações que se utilizaram do modelo estadunidense para compor os seus próprios programas de leniência podem ter se precipitado em oferecer a possibilidade de uma leniência *plus* para os proponentes de um Acordo de Leniência. Baseia sua afirmação na concepção de que, em alguns casos, a leniência *plus* pode ter inclusive um efeito antagônico ao pretendido, ao criar incentivos para que mais cartéis se formem (*procollusive effects*).

O objetivo desta pesquisa é analisar se existe a possibilidade de que esses efeitos se deem no contexto do programa de leniência brasileiro. Assim, são estudadas as proposições feitas por Martynizin (2014) para verificar se elas se aplicam à política brasileira de combate a cartéis, na forma prevista pela legislação atual.

Para se chegar aos pretendidos resultados, o método utilizado foi o de revisão da literatura, nacional e internacional, do campo de conhecimento tanto do Direito como também da Economia, ciências em que os programas de leniência encontram alicerce e são responsáveis por boa parte do conhecimento acerca das teorias envolvidas na aplicação da leniência.

No primeiro capítulo, é feita uma introdução de conhecimentos base para uma melhor compreensão do objeto de estudo desta pesquisa: a leniência *plus*. Assim, são apresentados os conceitos de cartéis dos institutos relacionados ao Programa de Leniência. Nesse capítulo, é apresentado ainda o contexto histórico do surgimento da atividade legislativa em Direito Concorrencial no fim do século XIX e do primeiro programa de leniência nos EUA em 1978. São introduzidos também os conceitos relacionados à teoria dos jogos e do *carrot/stick*, aplicáveis aos fundamentos dos programas de leniência e seu funcionamento. Por fim, a discussão finda no surgimento da leniência *plus* no Direito Concorrencial dos EUA na década de 90.

No capítulo seguinte, introduz-se o surgimento da leniência como ferramenta componente do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Assim, discute-se a política brasileira de combate a cartéis. Faz-se um apanhado das fases do Programa de Leniência brasileira, segundo proposto por Athayde e Fidelis (2014). Posteriormente, é

⁷ *Leniency (Amnesty Plus): a building block or a trojan horse.*

feita uma síntese do processo de candidatura à leniência até a qualificação para a obtenção do benefício da leniência *plus*, ao utilizar-se como base o Guia do Programa de Leniência do Cade. Por fim, é apresentada a questão do recente *boom* na demanda pelo benefício da leniência *plus*.

No terceiro capítulo, é introduzido o programa de leniência estadunidense (*US Amnesty Program*), o qual se inicia pelo marco revolucionário na história do uso da ferramenta da leniência no combate a cartéis que foi a Grande Reforma de 1993. Esta inovou nas bases que permitiram o que se entende hoje por leniência e sua comprovada eficiência no combate a cartéis. São discutidos alguns elementos-chave que são cruciais para que se entenda porque o modelo estadunidense é considerado um dos mais eficazes e mais rígidos no combate a cartéis, inclusive apresentando as ferramentas do *Penalty Plus* e *Omnibus Question*, que compõem uma das, senão a mais, importante diferença entre os modelos brasileiro e o dos EUA.

No capítulo final, no qual se desenvolve a problemática que se almeja levantar com esta pesquisa, são apresentadas algumas inquietações a respeito do crescente uso da ferramenta da leniência do Cade no Brasil. Questiona-se se as problemáticas propostas por Martynizin (2014) ocorrem no Brasil, além de avaliar se estas podem ter ou não efeitos *procollusive*.

Por meio do método proposto, chega-se então à conclusão de que a leniência *plus*, da maneira como tem sido levada a cabo pela prática da atividade do Cade, pode ainda não apresentar efeitos *procollusive*, por conta do tardio amadurecimento do Programa de Leniência, como aduzem Athayde e Fidelis (2014). A cultura da leniência começou a se desenvolver há pouco tempo no Brasil. A sociedade brasileira ainda está se acostumando com essa nova possibilidade, que, embora existente, desde 2000, só passou a ser utilizada em mais ampla escala no combate a cartéis nacionais, conforme será exposto mais adiante. No entanto, verifica-se que nos programas de leniência brasileiro estão presentes alguns elementos que causam preocupação na comunidade internacional que discute o tema e podem vir a se tornar problema no futuro e causar os *procollusive effects*.

CAPÍTULO 1 – PROGRAMAS DE LENIÊNCIA: DO SURGIMENTO DO DIREITO CONCORRENCIAL À LENIÊNCIA *PLUS*

1.1. O QUE SÃO CARTÉIS?

A existência de cartéis pode ser definida como a razão de ser dos programas de leniência no Direito Concorrencial. Desse modo, faz-se necessário conhecer o que são cartéis, como se formam e como operam, para assim poder entender a lógica existente no pano de fundo por trás da leniência.

O cartel é um acordo ilegal entre concorrentes, no qual são negociados fixação de preços, limites a cotas de produções ou divisões de mercados, no intuito de expandir o lucro de seus participantes em detrimento dos consumidores. De certa maneira, consiste em uma limitação (JÚNIOR, 2013). Assim, “qualquer ato que tenha por objeto o efeito de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência pode ser considerado ilícito administrativo, além de poder configurar crime” (BRASIL, 2009, p.2).

A formação de cartéis teve início na Segunda Revolução Industrial, a partir da segunda metade do século XIX, em que pela primeira vez na história da humanidade, o capital se concentrou em posse de organizações privadas (JÚNIOR, 2013) No rol de condutas anticoncorrenciais, o cartel é considerado a forma mais danosa à livre concorrência. Este prejudica os consumidores, o que acarreta a elevação de preços e restrição de oferta e faz com que os bens disponíveis se tornem mais caros⁸ ou até mesmo indisponíveis. (BRASIL, 2009).

O prejuízo ao consumidor se intensifica quando o cartel traz agravos à inovação, pois a inibição da concorrência desincentivaria o aprimoramento de processos produtivos e o surgimento de melhores produtos. Assim, não haveria estímulos ao desenvolvimento de novas tecnologias.

1.2. EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E O COMBATE A CARTÉIS

⁸ Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico [OCDE, 2002], os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores. (BRASIL, 2009).

Diferente de como a encontramos nos dias atuais, a política contra cartéis houve tempos em que essa conduta anticoncorrencial era permitida e até mesmo incentivada em grande parte dos países. Assim, diversos mercados passaram a ser compostos apenas por uma grande firma. (SOLON; ZATZ, 2012; JÚNIOR, 2013).

Os grandes pioneiros em legislação para a defesa da concorrência foram os Estados Unidos, visto como um dos primeiros ordenamentos a decretar uma lei federal que versasse sobre a punição de práticas anticompetitivas, o *Sherman Antitrust Act*, de 1890. Seu objetivo era punir os monopólios industriais e os grandes conglomerados que existiam à época. Nesse ínterim, a lei coibia a formação de *trusts*, como eram chamados os cartéis, sob o pretexto de que estes aumentam tarifas e constituem prejuízo à concorrência.

Verificadas as condições nas quais se encontravam os mercados à época, somada à percepção dos já mencionados prejuízos provenientes da existência desses cartéis em um determinado mercado, surge então a necessidade de combatê-los e exige inclusive uma intervenção do Estado no âmbito econômico de forma a assegurar, ironicamente, um dos princípios básicos de uma economia de mercado, a livre concorrência.

No período, os EUA vivenciavam uma forte concentração econômica, que trazia descontentamento a vários setores sociais, como alta de preços e manipulações de mercado. A preocupação com a proteção do consumidor contra esses abusos por parte das grandes concentrações é um dos grandes fatores que culminaram no advento do *Sherman Act*.

O excessivo liberalismo gerava muitos incentivos para a atuação e o crescimento de grandes empresas monopolistas, além de cartéis em vários setores da economia. O abuso e o excesso de poder econômico – e inevitavelmente político – ameaçavam a livre concorrência, problemas que a nova lei tentava coibir.

A promulgação da legislação concorrencial nos EUA serviu de inspiração para diversas outras jurisdições, incluindo a brasileira. Essa disseminação representou uma reação globalizada à crescente concentração de poder econômico, considerada uma ameaça “ao princípio da descentralização do poder social como pressuposto da democracia política” (SCHWARTZ, 2008, p. 3 apud SANTOS, 2008, p. 1).

Dessa forma, a origem do movimento Antitruste estadunidense remete aos malefícios que a inexistência de (ou inadequada) proteção da concorrência causa à sociedade, tanto para consumidores como para o próprio mercado (SALOMÃO FILHO, apud ARAGÃO, 2007, p. 69-70).

Posteriormente, em 1914, a legislação norte-americana foi complementada pelo *Clayton Act*, que criou, inclusive, a agência Antitruste dos Estados Unidos, a *Federal Trade Commission*.

Ainda assim, durante a década de 1930, estimativas indicam que 30 a 40 por cento do comércio mundial era controlado por cartéis, especialmente empresas químicas europeias. (SOLON e ZATZ, 2012).

Nas últimas décadas, o cenário do combate e repressão a cartéis sofreu drásticas mudanças nos EUA e em outras jurisdições ao redor do globo. Na economia global que se apresenta nos dias atuais, comumente os mercados em que operam as empresas não mais se limitam pelas fronteiras dos países, visto que muitas empresas operam e realizam atividades em diferentes países. Assim, não se pode esperar que um efetivo combate a cartéis se dê apenas no plano intrafronteira de uma jurisdição. Desse modo, é essencial que haja uma cooperação de esforços provenientes das mais variadas jurisdições para que, no plano supranacional, os cartéis sejam combatidos de forma efetiva.

1.3. O QUE É LENIÊNCIA

Cartéis são difíceis de serem descobertos e investigados, em razão de suas características de sigilo e fraude. Com base nisso, os programas de leniência surgiram como uma ferramenta no combate a cartéis e no auxílio do desenvolvimento das atividades de diversas agências antitruste.

Os Estados Unidos da América foram também pioneiros na utilização do Acordo de Leniência no combate às infrações à ordem econômica. Seu Programa de Leniência (*US Amnesty Program*) foi implementado pelo Departamento de Justiça (*Department of Justice*) por meio de sua Divisão Antitruste (*Antitrust Division*) em 1978. Rapidamente, o programa serviria de influência para a implantação de programas de leniência em diversas outras jurisdições ao redor do globo ⁹.

Em um programa de leniência, a parte infratora deve se apresentar à agência Antitruste e fornecer informações e provas da infração denunciada. Em troca dessa

⁹ A leniência no Brasil, por sua vez, foi criada a partir do modelo estadunidense deste mesmo instituto, já que as próprias leis antitrustes brasileiras tiveram origem no *Sherman Act*, lei estadunidense de 1890. (COELHO, 2013, p. 59).

colaboração, o programa prevê a concessão de benefícios que podem consistir na imunidade total ou parcial das penalidades aplicáveis pela prática da conduta ilegal.

Muito comum encontrar a teoria da leniência sendo ilustrada pela lógica da cenoura e do porrete (*carrot and stick*), na qual “garantir um tratamento leniente (cenoura) para aquele que decide pôr um fim à conduta e delatar a prática que de outra forma estaria exposta a sanções severas (porrete)”. (MARTINEZ; ARAÚJO, 2015, p. 1).

A leniência surge como uma ferramenta importante¹⁰ para auxiliar na detecção e na punição de cartéis. Seus principais objetivos são: a detecção, a prevenção e a eficiência no combate a cartéis. (OCDE, 2018).

Hammond (2004) defende que os programas de leniência são as melhores ferramentas de investigação desenvolvida para o combate a cartéis. Ele suporta sua afirmação no fato que ainda que a agência antitruste estadunidense conte com um arsenal de outras ferramentas para a sua atividade antitruste, o *U.S Corporate Leniency Program* levou a persecução de mais cartéis internacionais do que todas essas outras ferramentas juntas. Em suas palavras, a colaboração oriunda diretamente de membros de cartel participantes do programa de leniência superou qualquer outra técnica investigativa a serviço do governo americano¹¹.

Além disso, o autor aduz que, enquanto algumas técnicas de investigação podem não se encontrar disponíveis em algumas jurisdições, os programas de leniência podem ser desenvolvidos independente de a infração de cartel ser considerada um ilícito cível,

¹⁰ *For many competition authorities leniency programmes have become the most important detection tool. According to a majority of respondents to a 2017 OECD Secretariat Survey on experiences with the OECD Recommendation concerning Effective Action against Hard Core Cartels (OECD Survey 2017), their leniency programme is the single most effective tool for detecting cartels. The percentage of cartel cases detected through leniency applications is reported in the survey to range between 45-55% for countries like Canada, Chile, Germany, Korea and New Zealand and up to 80% for the EU (OECD, 2017). In the US, over 90% of penalties imposed by the US Department of Justice (DOJ) were linked to investigations assisted by leniency applicants (Guttuso, 2015 with further references). (GUTTUSO, 2015 apud. OCDE, 2018, p. 4).*

¹¹ *Our investigations are assisted by highly trained FBI agents skilled in interview and interrogation techniques. Individuals face possible jail sentences for violating U.S. antitrust laws and are therefore often motivated to confess and cooperate in our investigations in exchange for reduced penalties. With the cooperation of “insiders,” we are able to secretly record incriminating calls or meetings among cartel members. Other available investigative powers include the power to compel individuals to provide sworn oral testimony, the assistance of INTERPOL and national immigration authorities to track, question, detain, and possibly extradite cartel members, and the execution of search warrants on corporate offices as well as the homes of cartel members. While all of these tools are valuable and frequently utilized in our investigations, the fact is that the U.S. Corporate Leniency Program has directly led to the detection and successful prosecution of more international cartels than all of these other powers combined. (HAMMOND, 2004, p. 2).*

administrativo ou penal. No entanto, alerta que, embora a leniência possa parecer atrativa e simples, desenvolver um programa de leniência eficaz é uma atividade complexa e deve se atentar a uma série de rígidos critérios, são eles: a ameaça de uma penalização severa, o alto risco de detecção pelo agente antitruste independente da leniência, além de máximas transparência e previsibilidade possíveis ao alcance da jurisdição.

Embora o foco desta pesquisa seja a aplicação da leniência no Direito de Concorrência, torna-se importante frisar que mecanismos de colaboração premiada são ferramentas jurídicas de amplo alcance que não se limitam ao uso exclusivo do Direito Concorrencial, mas a muitos outros ramos e às mais variadas situações (MUSSI, 2017), como ocorre no Brasil onde esta se faz presente no Direito Administrativo e no Direito Penal.

1.3.1 A Teoria dos jogos aplicada à leniência

Teoria dos Jogos é uma teoria econômica matemática que modela fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais “agentes de decisão” interagem entre si (SARTINI, GARBUGIO, et al., 2004). Ela fornece meios de se descrever processos de tomada de decisão consciente conforme objetivos, em uma situação que envolve mais de um indivíduo.

Assim, diante das características que possuem as organizações criminosas, incluindo-se nesse rol o cartel, que é fruto de um conluio em relações mercado, resulta oportuna uma análise da leniência com base nessa teoria econômica. (MUSSI, 2017).

Considerando-se que *rationale* por trás dos programas de leniência é dar a membros de cartéis uma recompensa por confessar e, assim, disseminar a desconfiança entre os participantes do cartel. Dessa forma, o laço que sustenta a coesão daquele cartel enfraquece. Nesse tipo de contexto, em que cada indivíduo tem duas alternativas cujos resultados dependem de uma escolha idêntica a ser feita por outro, pode invocar o “Dilema do Prisioneiro”¹², comumente utilizado para explicar a Teoria dos Jogos, de

¹² O clássico exemplo utilizado para ilustrar esse dilema é o seguinte: dois prisioneiros, que cometeram juntos um mesmo delito, são interrogados na prisão pelas autoridades. As autoridades têm evidência suficiente para condenar ambos os suspeitos por crimes menores. No entanto, prefeririam condená-los por um crime maior, porém necessitam de mais evidências a tal. Assim, tentam obter a confissão de cada um dos suspeitos, prometendo uma pena menor àquele que confessar primeiro. Presumindo-se que cada um dos suspeitos possui seus próprios interesses, apresentam-se duas possibilidades para cada jogador: uma mais vantajosa (confessar e cooperar com as autoridades) e outra que representa mais tempo na prisão,

acordo com a qual cada jogador buscará seu interesse individual, ainda que pudessem obter resultados melhores caso cooperassem. A razão disso é que, considerando-se o alto valor das apostas em jogo, os jogadores não correrão o risco de cooperar sem ter certeza de que outro fará o mesmo. (ZINGALES, 2008).

1.3.2 A Leniência *Plus*

Não obstante o nome dado a esta ferramenta possa levar a errôneo entendimento, a leniência *plus* não consiste em uma forma de leniência, e sim em uma das ferramentas que são utilizadas por programas de leniência ao redor do globo. Assim, não consiste da assinatura de um novo acordo, e sim de um desconto adicional que pode ser oferecido a um dos envolvidos na prática de cartel que não se habilitou para a assinatura de um acordo de leniência em primeiro lugar.

A essa outra parte que está sob investigação resta-lhe a faculdade de reportar a existência de outro cartel que esta não tivesse conhecimento prévio. Fazendo-o, a empresa ou indivíduo se candidata então à assinatura de um novo Acordo de Leniência quanto às novas condutas anticoncorrenciais que trouxeram ao conhecimento da autoridade antitruste, além disso pode gozar do benefício da leniência *plus*, que lhe garante a redução da penalidade aplicável por sua participação no primeiro cartel investigado, por isso o “*plus*” que designa o termo.

sobrepesando-se o tempo médio de encarceramento (não confissão e não cooperação com as autoridades). Sem dúvida, a escolha de um criminoso racional será a primeira Emparelhando-se as duas escolhas egoístas de cada lado, denuncia-se o que é chamada de “Equilíbrio de Nash”. Entretanto, implica-se que esse modelo apenas se presume a racionalidade de cada sujeito; cooperar não se mostra uma escolha sábia quando um dos sujeito se demonstra irracional. (ZINGALES, 2008, p. 9). (tradução nossa).

CAPÍTULO 2 – O PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE E A LENIÊNCIA PLUS NO BRASIL

Importante ressaltar que, embora esta pesquisa enfoque na atividade do Cade e seu Programa de Leniência, este não compreende todo o rol de esforços que empreende o ordenamento jurídico brasileiro no combate e na investigação. Cabe mencionar, então, que, no Brasil, a prática de cartel consiste tanto em um ilícito administrativo¹³ quanto em um ilícito criminal¹⁴, além ainda de haver possibilidade de responsabilização na seara cível¹⁵.

Na esfera administrativa, no entanto, a competência para investigar e instaurar processos administrativos para a investigação de cartéis e outras condutas anticoncorrenciais coletivas é da Superintendência-Geral (art. 13, V da Lei nº 12.529/2011), sendo a decisão condenatória ou absolutória de competência do Plenário do Tribunal do Cade (art. 9º, III da Lei nº 12.529.2011). A celebração do Acordo de Leniência candidata as empresas e/ou as pessoas físicas à obtenção dos benefícios da extinção da ação punitiva ou da redução da penalidade aplicável pelo Cade, benefícios estes concedidos definitivamente quando do julgamento do processo administrativo pelo Plenário do Tribunal do Cade (art. 86, §4º da Lei nº 12.529.2011). (BRASIL, 2017).

2.1. O PROGRAMA DE LENIÊNCIA DO CADE

O Programa de Leniência para o combate de condutas anticoncorrenciais no Brasil está em vigor desde o ano 2000, quando foi introduzido pela Lei nº 10.149/2000, que alterou a antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94, art. 35-B e C). O primeiro Acordo de Leniência do programa foi assinado no ano de 2003. Atualmente, o Programa de Leniência é previsto pelo Capítulo VII da Lei nº 12.529/2011, mais especificamente em seus arts. 86 e 87 e regulamentado pelo Regimento Interno do Cade, nos arts. 237 a 251.

O programa consiste em uma série de medidas das quais o Conselho se utiliza com o objetivo de: a) detectar, investigar e punir as mencionadas infrações; b) informar

¹³ art. 36, §3º, I da Lei nº 12.529/2011. (BRASIL, 2011).

¹⁴ art. 4º, II da Lei nº 8.137/1990. (BRASIL, 1990).

¹⁵ art. 47 da Lei nº 12.529/2011. (BRASIL, 2011).

e orientar as empresas e cidadãos em geral a respeito dos benefícios adjacente ao acordo de leniência; e c) orientar, incentivar e assistir os proponente à celebração de Acordo de Leniência *Antitruste* do Cade¹⁶.

A leniência pode ser concedida a pessoas jurídicas e/ou pessoas físicas que estejam ou que estiveram envolvidas em um cartel ou outra prática anticoncorrenciais coletivas, previstas no art. 36, § 3º, inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d” e inciso II da Lei nº 12.529/2011¹⁷.

Como requisito para firmar o acordo de leniência, a parte proponente deve denunciar, confessar e cessar de imediato a sua participação na conduta ilegal, assim como colaborar com as investigações com informações e documentos que sejam relevantes e auxiliem as investigações.

Em troca, o proponente do Acordo de Leniência terá garantida total imunidade administrativa (podendo ser isento completamente do pagamento de multa) ou a redução da multa a ser aplicada. Para tanto, o proponente deve colaborar com as investigações e garantir a identificação das demais partes envolvidas no ilícito e a obtenção de material probatório que comprove a infração reportada ou já sob investigação.

2.1.1 Critérios para a Concessão da Leniência

O Cade utiliza o critério do conhecimento prévio¹⁸ da conduta reportada para avaliar a possibilidade de concessão de imunidade total ou redução da pena de multa (leniência parcial). Caso a Superintendência Geral – SG do Cade já tenha conhecimento

¹⁶ Guia do Programa de Leniência Antitruste do Cade (BRASIL, 2017).

¹⁷ § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes. (BRASIL, 2011).

¹⁸ Apesar de não haver na legislação brasileira o conceito expresso de “conhecimento prévio” da conduta pela Superintendência-Geral do Cade, entende-se que o conhecimento prévio apenas ocorre na hipótese de haver, à época da apresentação da proposta de Acordo de Leniência, procedimento administrativo aberto (arts. 66 e 69 da Lei nº 12.529/2011) com indícios razoáveis de prática anticompetitivas para apurar a infração objeto da proposta de Acordo de Leniência. (BRASIL, 2017, p. 17).

da ocorrência do ilícito, mas tenha firmado o Acordo de Leniência por razão do alto valor probatório informado, além das vantagens de redução de esforços na apuração da conduta, ao proponente lhe é ofertada uma redução de um a dois terços da penalidade aplicável, a depender a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

Por outro lado, na hipótese de que conduta seja inédita e a SG não possua conhecimento prévio, o proponente do Acordo poderá gozar de imunidade total, com a extinção da ação punitiva da administração pública quanto à sua participação no ilícito reportado além de ser completamente isento da aplicação da penalidade pecuniária.

Outra das atrativas benesses concedidas pelo programa de leniência, que podem despertar ainda mais interesse aos proponentes do que a isenção total ou parcial da multa, é que a celebração do Acordo de Leniência impede o oferecimento de denúncia contra o beneficiário da leniência, no que diz respeito aos crimes contra a Ordem Econômica¹⁹, tipificados na Lei nº 8.137/1990, além dos crimes diretamente vinculados à prática de cartel previstos na Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93) e do tipo penal de associação criminosa presente no art. 288 do Código Penal Brasileiro.

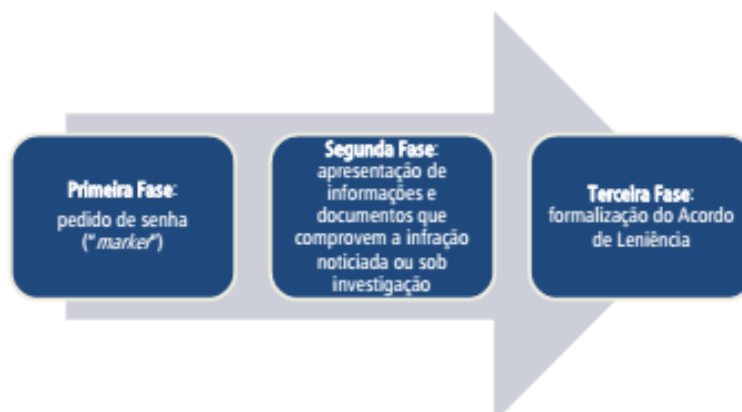
2.1.2 Etapas para a assinatura do Acordo de Leniência

As etapas de negociação de um Acordo de Leniência no Cade são divididas em três: a) fase de pedido de senha; b) fase de apresentação de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação; e c) fase de formalização do Acordo de Leniência.

O fluxograma a seguir representa as fases que compõem o processo para celebração de um Acordo de Leniência:

¹⁹ Art. 87 da Lei 12.529/2011. (BRASIL, 2011).

Figura 1: As fases da negociação do Acordo de Leniência no Cade.



Fonte: (BRASIL, 2017, p. 24).

Na fase de pedido de senha, a aspirante a proponente de um Acordo de Leniência entra em contato, presencialmente ou por escrito, com a SG/Cade, comunica seu interesse em obter uma leniência, o que garante assim sua “posição na fila” por meio de uma senha obtida. Nesse primeiro contato, já devem ser reportados os elementos principais da conduta a ser reportada, como a identificação dos agentes infratores, a duração da conduta anticoncorrencial e qual mercado foi afetado por esta.

A segunda fase corresponde às tratativas e às negociações. Nessa etapa, o proponente deve fornecer informações detalhada e documentos a respeito da prática denunciada. É uma etapa que se dá diretamente na SG/Cade, sob o maior sigilo e confidencialidade possíveis. O proponente deve comprometer-se em colaborar da melhor forma possível e trazer todas as evidências que estiverem ao seu alcance, inclusas aquelas da qual só tomou conhecimento depois da apresentação do Termo de *Marker*. A SG/Cade fica responsável pela criação do Histórico de Conduta, com base no depoimento e material probatórios disponibilizados pelo proponente, além de investigação própria realizada pelo próprio Cade.

A terceira e última fase consiste na formalização do acordo de leniência, quando são iniciados os trâmites formais para a celebração do Acordo de Leniência (autenticação de documentos, tradução juramentada, consularização de documentos estrangeiros, dentre outros). Feito isso, devem comparecer para assinatura do Acordo todos os seus proponentes (no caso de empresas: dirigentes, administradores e empregados). É nessa fase que se inicia o contato com o Ministério Público para a apresentação do Acordo.

Em suma, esse é o Processo de celebração do Acordo de Leniência junto a Superintendência Geral do Cade. Importante ressaltar que, para que o Acordo gere seus efeitos, este deve ter seu cumprimento certificado e aprovado pelo Tribunal do Cade quando do julgamento do processo administrativo no qual se utilizou do acordo.

2.1.3. Termo de Compromisso de Cessação

Um dos principais aspectos do Programa de Leniência brasileiro é garantir que suas benesses só serão ofertadas à primeira empresa ou pessoa física que se qualificar para tal com relação à conduta ilícita reportada. Todavia, a lei prevê ainda outras formas de benefícios às partes envolvidas na conduta que já foram objeto de colaboração por um leniente, desde que elas também colaborem com as investigações conduzidas pelo Cade.

No caso de uma pessoa física ou natural já ter sido incluída na colaboração oferecida no âmbito de um acordo de leniência, a legislação oferece dois caminhos aos interessados em cooperar com a Administração Pública: a assinatura de um Termo de Compromisso de Cessão (TCC) ou buscar a leniência *plus*. Nesse tópico, será apresentado inicialmente o instrumento do TCC.

O TCC consiste em uma modalidade de acordo em que o Cade anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) compromissário(s) do TCC, enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso²⁰. No âmbito de um TCC, a parte infratora deve se comprometer: a) a colaborar com a instrução processual, mediante relatos com informações e documentos que auxiliem na identificação dos demais participantes da conduta e na comprovação da infração; b) ao pagamento de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, a qual é calculada com base na multa esperada; c) a reconhecer sua participação na conduta investigada; e d) a cessar sua participação na conduta investigado ou seus efeitos lesivos.

Assim como na leniência, utiliza-se da “ordem de chegada” na fase processual em que se encontram as investigações, de modo a quantificar os potenciais benefícios daquele que firma o TCC. A depender do momento processual em que foi feita a proposição do TCC, aplicam-se descontos diferentes da multa potencial. Desse modo,

²⁰ Guia do Termo de Compromisso e Cessação para casos de cartel. (BRASIL, 2016).

privilegiam-se os compromissários que se prontificarem primeiro a cessar a conduta e colaborar com as investigações. De acordo com o estabelecido no art. 188 do Regimento Interno (RI), assim são estabelecidos os descontos no âmbito dos TCCs:

a) Se o TCC é proposto logo após a instauração do procedimento administrativo e antes de os autos serem remetidos ao Tribunal do CADE, aplicam-se:

- i. uma redução de 30% a 50% para o primeiro proponente de TCC;
- ii. uma redução de 25% a 40% para o segundo proponente de TCC; e
- iii. uma redução de até 25% para os demais proponente de TCC.

b) Se o TCC é proposto depois de os autos serem remetidos ao Tribunal do Cade, incide uma redução de até 15%.

Para balizar a aplicação dos descontos dentro das margens previstas na norma, o Cade se utiliza dos fatores da amplitude e da utilidade da colaboração prestada, bem como do momento da apresentação da proposta.

Cabe frisar que, diferente do que ocorre na leniência, o TCC não garante ao(s) compromissário(s) benefícios na seara criminal. No entanto, caso o possível compromissário demonstre interesse, o Cade poderá promover o diálogo com o Ministério Público com o objetivo de que seja assinado com ente órgão um possível acordo de colaboração premiada.

Esses dois institutos, a leniência e o TCC, correspondem à grande parte da atividade do sistema de colaboração premiada, compreendida aqui em seu sentido mais amplo, que vinha sendo desenvolvido dentro do Cade e, no período anterior à Lei nº 12.529/2011, pelo Poder Executivo Federal, na apuração e no combate às condutas anticoncorrenciais, desde que foi celebrado o primeiro Acordo de Leniência no ano de 2003.

2.2. A LENIÊNCIA *PLUS* NO BRASIL

No Brasil, atualmente a Leniência *plus* está legalmente prevista no art. 86, parágrafo 7º, da Lei nº 12.529/2011. Como já visto, a leniência *plus* consiste em um benefício adicional concedido àquela empresa que foi delatada por participação em um cartel e não logrou êxito na corrida pela leniência na ocasião e então decide reportar ao Cade a sua participação em um outro cartel.

O instituto da leniência *plus* se alinha ao objetivo maior da função repressiva do Cade, especificamente no combate a cartéis, uma vez que a colaboração da empresa

e/ou pessoas físicas permite que o Cade adquira informações e documentos de infrações a concorrência, ainda não descobertas por sua Superintendência-Geral.

Como um instrumento na persecução de cartéis, a Leniência *plus* é direcionada a empresas que desenvolvem atividades em diferentes mercados, pois uma empresa que opera apenas em um mercado não pode se beneficiar da leniência *plus*, dado que necessariamente ela deve estar envolvida na prática de cartel em mais de um mercado ao mesmo tempo.

Para melhor ilustrar, de maneira mais didática, imagine a seguinte situação:

a) Uma empresa A assina junto à SG um acordo de leniência relativo a um cartel presente em um mercado (1º cartel), do qual a autoridade antitruste não possuía qualquer conhecimento prévio, o que faz assim jus ao benefício de isenção da penalidade aplicável, além da imunidade na seara criminal quanto aos crimes contra a Ordem Econômica e outros diretamente relacionados.

b) Ao fazer isso, a autoridade antitruste toma conhecimento da participação das empresas B e C neste cartel.

c) As empresas B e C não lhes é mais concedida a faculdade de gozar da leniência quanto ao 1º cartel, por já o ter feito A. Assim, caso queiram colaborar com a investigação do 1º cartel em vista da conversão da multa que lhes pode ser aplicada em uma contribuição pecuniária reduzida, estas podem entrar na fila para celebrar com o Cade um Termo de Compromisso de Cessação–TCC.

d) Contudo, considerando a existência da leniência *plus*, a empresa B decide trazer ao Cade informações e evidências a respeito da existência de outro cartel em outro mercado, no qual participava e a autoridade Antitruste não possuía conhecimento. Dessa forma, a empresa B se candidata a assinar Acordo de Leniência quanto à sua participação nesse novo cartel, do qual terá direito a todos os benefícios previstos para a leniência.

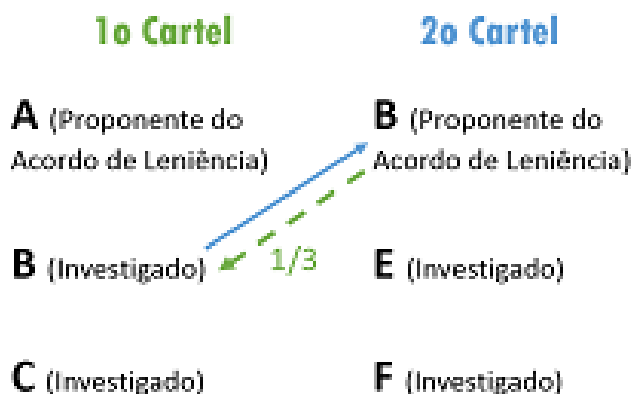
e) Pela inovação trazida pela leniência *plus*, ao reportar o 2º cartel, a empresa B, além dos benefícios da plena imunidade concedidos pela assinatura do acordo de leniência quanto ao 2º cartel, ao ser julgado cumprido o Acordo de Leniência²¹, ganha o

²¹ O benefício atribuído à leniência *plus* pode ser concedido desde o momento do pedido de senha para a proposta de um Novo Acordo de Leniência, caso o primeiro cartel venha a ser julgado antes da formalização do Acordo. Se for esse o caso, o Tribunal do Cade aplicará a redução prevista pelo benefício *plus* sob condicional, o que significa que, caso não venha a ser celebrado o Novo Acordo de Leniência, deverá ser recolhida contribuição pecuniária complementar ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, conforme o disposto no art. 250, parágrafos 2º e 3º do RICADE.

benefício de redução de 1/3 da penalidade imposta quando da condenação pelo Tribunal no 1º cartel²².

A disposição esquemática a seguir demonstra como ocorre a leniência *plus*²³:

Figura 2: Leniência *plus*.



Fonte: (BRASIL, 2017, p. 55).

Para obter o desconto pela leniência *plus*, é necessário que a parte proponente, seja esta pessoa física, seja jurídica, não tenha se qualificado previamente para a celebração de um Acordo de Leniência em outro cartel e esteja disposta a delatar um novo cartel e colaborar com as investigações, ao prestar documentos e informações à autoridade Antitruste.

Cumprindo esses requisitos, a proponente deve seguir os ritos normais do Acordo de Leniência padrão, com algumas pequenas peculiaridades. No caso de se tratar também de leniência *plus*, o proponente já deve ter feito o pedido, nesse sentido, especificar expressamente em quais cartéis indisponíveis para sua negociação de Acordo de Leniência que pretende utilizar o benefício.

Importante ressaltar que o benefício oferecido pela leniência *plus* se dá na ordem de um para um. Assim, para cada novo Acordo de Leniência celebrado, conceder-se-á o benefício a um cartel diferente, o que será vedado utilizar-se de dois descontos *plus* em um mesmo processo, no qual a proponente já estava sendo investigada. Do mesmo modo, não está prevista a utilização retroativa de leniência *plus*, caso a empresa já tenha

²² O desconto da leniência *plus* incide sobre o montante da condenação do cartel do qual a empresa não gozou da leniência em primeiro lugar.

²³ Representação esquemática obtida no Guia do Programa de Leniência Antitruste.

celebrado um Acordo de Leniência e posteriormente passou a ser investigado por má conduta em outro mercado.

Salienta-se que, para obter o benefício, o pedido de senha para a celebração de Acordo de Leniência quanto ao segundo cartel deve ser feito antes da remessa do processo administrativo para julgamento no Tribunal do Cade.

Cabe frisar também que o Programa de Leniência Antitruste do Cade permite uma cumulação dos benefícios obtidos a partir da celebração de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

A incidência dos descontos se dá de modo subsequente, visto que primeiro incide o desconto da leniência *plus* e, posteriormente, os descontos do TCC. Assim, considerando as margens discricionárias para a estipulação da redução prevista para o TCC, quando aplicado subsequente à leniência *plus*, tem-se as seguintes possibilidades de desconto incidindo sobre a multa esperada:

a) caso seja o primeiro compromissário com leniência *plus*, a redução pode ser de 53,33% a 66,67%;

b) caso seja o segundo compromissário com leniência *plus*, a redução pode variar entre 50% e 60%;

c) para os demais compromissários com leniência *plus*, a redução pode ser de até 50%.

Ressalta-se que, embora o desconto da leniência *plus* possa cumular com o do TCC, a assinatura dele não é requisito para fazer jus ao benefício da leniência *plus*. Dessa maneira, uma empresa que não fez confissão e não deseja colaborar com as investigações no cartel A, mas posteriormente reportou à SG/Cade a existência de um cartel B, do qual fazia parte, ocasião que culminou na assinatura de um Acordo de Leniência para o Cartel B, pode gozar do benefício da leniência *plus* para que lhe seja aplicada a redução quando da condenação pelo cartel A.

Em uma breve síntese, então, explica-se de que maneira se dá a aplicação da leniência *plus* no Programa de Leniência do Cade elencando hipóteses em que o RICADE já regulamenta e adianta possíveis impasses possíveis de surgir durante uma tratativa de Acordo de Leniência *plus*. Contudo, cabe lembrar que esta consiste ainda em um mecanismo muito recente ao considerar que, embora previsto em lei desde o ano 2000, só foi utilizado pela primeira vez publicamente em 2015.

CAPÍTULO 3 – A LENIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS

3.1 THE ANTITRUST DIVISION'S LENIENCY PROGRAM²⁴

O programa de leniência estadunidense original foi criado em 1978. Ele estabelecia a possibilidade de uma empresa envolvida num esquema de cartel se autodenunciar à *Antitrust Division* e firmar um acordo de leniência com vistas a gozar de imunidade criminal pela prática. Para tanto, a empresa deveria ser a primeira a se qualificar para o acordo e deveria o fazer antes que o governo houvesse iniciado uma investigação sobre o caso²⁵.

No entanto, a concessão de anistia (*amnesty*)²⁶ não era automática. A divisão possuía bastante discricionariedade e pouca transparência quanto aos trâmites para a assinatura e a concessão do benefício da leniência (*leniency*). Essas duas características, principalmente a falta de certeza quanto à concessão do benefício, eram uma das razões da baixa eficiência à inicial do programa, conforme indicam Moreira e Peñaloza (2004):

A principal característica do programa original era a discricionariedade do Departamento de Justiça na hora de conceder a anistia; ou seja, uma firma interessada no programa não teria como prever as vantagens que poderia obter (ou se haveria alguma vantagem), o que é um desestímulo à sua adesão. (MOREIRA; PEÑALOZA, 2004, p. 3).

Na década de 90, o combate a cartéis ganhava um espaço cada vez mais importante no cenário mundial. Entretanto, as penas que eram aplicadas nos Estados Unidos não eram suficientemente severas e o programa de leniência como originalmente concebido praticamente não produzia casos para a apreciação do DOJ. Nenhuma leniência proposta até então tinha resultado na descoberta de um grande cartel nacional ou internacional. (HAMMOND, 2004).

Ao longo do tempo, o programa de leniência sofreu reformas, e a mais significativa foi em 1993. Nesse ano, o programa sofreu uma grande reestruturação e expansão em todo seu funcionamento, com o intuito de aumentar as oportunidades e

²⁴ Em Português, “O Programa de Leniência da Divisão Antitruste”. (tradução nossa).

²⁵ Hammond (2000). *Cornerstones of an Effective Leniency Program*.

²⁶ No Direito estadunidense, os termos anistia (*amnesty*) e leniência (*leniency*) são ambos utilizados para indicar uma isenção total da multa a ser aplicada por razão da prática de cartel e impossibilidade de persecução criminal de empresas ou indivíduos que tenham assinado acordo de leniência com o DOJ. (HAMMOND, 2000).

criar mais incentivos para que as empresas reportassem o seu envolvimento em cartéis e colaborassem com as investigações.

As alterações que mais se destacaram foram: a) alteração da política para assegurar que a anistia fosse concedida nos casos em que não existia investigação em curso; b) criação de uma anistia alternativa, que é direcionada aos casos em que a proposição do Acordo de Leniência começa depois de uma investigação já em curso; c) se uma empresa se qualifica para uma anistia automática, então a todos os diretores, executivos e funcionários que também se prontificarem a colaborar com a *Antitrust Division* será estendido o benefício da anistia automática. (HAMMOND, 2000).

Originalmente, essa leniência só seria concedida à empresa²⁷ que reportasse o cartel se não houvesse já em andamento qualquer investigação a respeito em curso no âmbito da *Antitrust Division*.

Contudo, foi criada uma leniência alternativa para o proponente que não se enquadrasse nessa condição, mas tivesse material probatório e evidências importantes que pudessem contribuir com uma investigação que já estivesse em curso. Conforme esclarece Zingales (2008):

The possibility to award immunity even after an investigation has started is a feature extraneous to the very first leniency programmes: those programmes were concerned about causing cartel members to hurry – merely offering a possible fine reduction for those who cooperated after the authorities has started their operations.

This has drastically changed with the renewal of the US Leniency Programme in 1993, which introduced the possibility to get immunity after that moment too, as long as the confessor is the first who brings in substantial evidence (meaning likely to result in a sustainable conviction) regarding the illegal activity, and provided he cooperates continuously and completely.²⁸
(ZINGALES, 2008, p. 15)

Hammond (2004) aduz que faltava transparência na versão anterior do Programa de Leniência, o que o tornou imprevisível, falho em garantir incentivos para a delação

²⁷ *Corporate Leniency Policy*

²⁸ A possibilidade de se recompensar com imunidade mesmo depois que a investigação já tenha começado é uma característica que não existia nos primeiros programas de leniência: aqueles programas tinham a preocupação de fazer com que os membros do cartel se apressassem – meramente oferecendo a possibilidade de uma possível redução na multa para aqueles que cooperassem depois que as autoridades já houvessem iniciado as investigações.

Isso mudou drasticamente com a reforma do Programa de Leniência dos EUA em 1993, que introduziu a possibilidade de receber imunidade também após aquele momento, tão somente quando o confessor seja o primeiro a trazer evidência substancial (que possa favorecer uma condenação) a respeito da atividade ilegal, e contanto que ele coopere contínua e completamente. (tradução nossa).

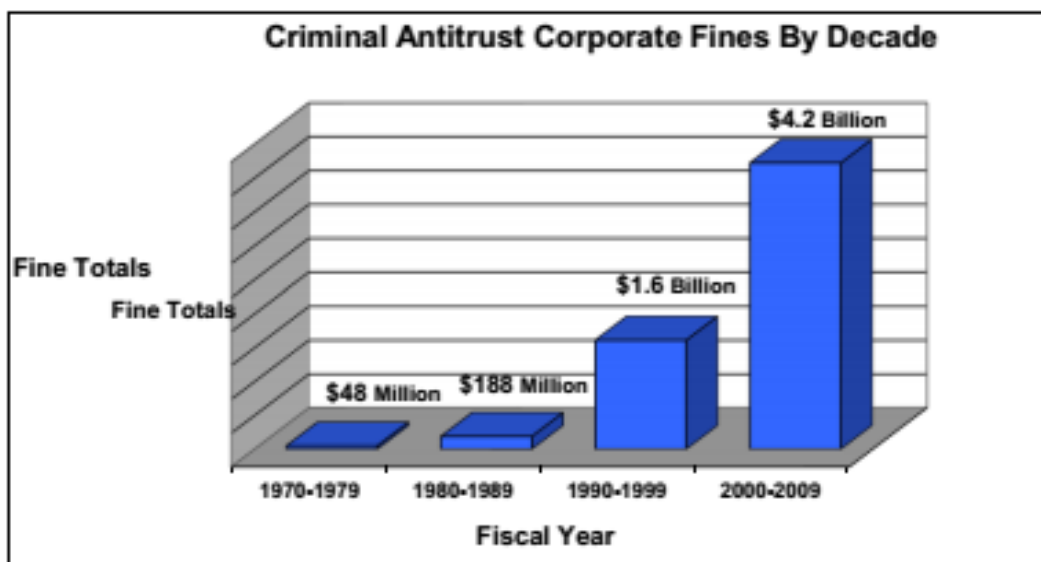
de cartéis e a colaboração, o que não foi exclusividade do programa de Leniência dos EUA.

Com as novas mudanças, houve um expressivo aumento nas demandas por leniência nos EUA e teve resultado na condenação de dezenas de cartéis, inclusive internacionais:

De 1978 até 1993, a média de celebração de acordos foi de aproximadamente uma por ano, enquanto que, a partir de 1993, o número de celebrações subiu para uma por mês, sendo que entre outubro de 2002 e março de 2003 o número de celebrações de acordos de anistia pulou para três por mês; as multas coletadas graças a concessões de anistias entre 1997 e 2002 totalizaram USD 1,5 bilhão e a maioria das investigações de alçada internacional começou ou avançou graças a uma firma que celebrou o acordo, enquanto que no regime de 1978 o Departamento de Justiça estadunidense não conseguiu levar aos tribunais um único cartel internacional. (GRIFFIN, 2003 apud MOREIRA; PEÑALOZA, 2004, p. 4).

O aumento dos acordos de leniência foi acompanhado também de um significativo incremento no total de multas aplicadas por conta das mudanças e produziu uma aplicação recorde de multas nunca antes vistas pela *Antitrust Division*, como se pode observar no gráfico a seguir:

Gráfico 1: *Criminal Antitrust Corporate Fines by Decade*.



Fonte: Hammond (2010, p. 5).

Influenciados pelas modificações ocorridas nos EUA, outros programas de leniência, como o da União Europeia e o do Canadá, também passaram por reestruturações similares, com vistas a assegurar sua efetividade²⁹.

Hoje é uma premissa compartilhada pelas autoridades Antitrustes de diversas jurisdições que a transparência e a previsibilidade nos programas de leniência são essenciais. Esses pilares têm se mostrado particularmente importantes na persecução de cartéis internacionais. Num cenário de economia globalizada, proliferaram também os cartéis transnacionais, compostos por empresas de maior porte que operam simultaneamente em diversos países e, conseqüentemente, movimentam maiores somas de dinheiro. Hammond (2006a) sublinha que a convergência de entendimento para um modelo similar de programa de leniência em diferentes jurisdições tem resultado num combate mais efetivo de cartéis que atuam em mais de um país ao mesmo tempo:

Competition authorities understand that transparency and predictability in the application of a leniency program are essential to encouraging companies to self-report and, therefore, have amended and refined their leniency programs to maximize this certainty. This consensus has led to a developing global convergence among leniency programs – convergence of transparency that allows a potential leniency applicant to predict with precision, in each jurisdiction where it is considering reporting, both the benefits that are available if it is the first company to report, and whether it is eligible to receive those benefits. The end result is that participants in international cartels are making informed decisions to simultaneously apply for full immunity in multiple jurisdictions where they face the prospect of severe sanctions. In turn, antitrust enforcers in multiple jurisdictions are obtaining the cooperation of insiders, cooperating with one another, and coordinating their investigative strategy against the remaining conspirators. Most importantly, cartel activity is being halted, those responsible are being held accountable, and victims are being compensated. (HAMMOND, 2006a, p. 1)³⁰.

Em 1993, foi implementado pela *Antitrust Division* um programa de leniência para pessoas físicas (indivíduos), que se apresentem individualmente e

²⁹ Hammond (2000, p. 4).

³⁰ As autoridades Antitrustes entendem que a transparência e a previsibilidade na aplicação de um programa de leniência são essenciais para incentivar as empresas a se entregarem, dessa forma, reformaram seus programas de leniência para maximizar esse grau de certidão. Esse consenso levou a uma convergência global em desenvolvimento entre os programas de leniência, convergência de transparência que permite a um potencial proponente da leniência prever com precisão, em cada jurisdição em que esteja considerando reportar, ambos os benefícios que estão disponíveis, caso seja o primeiro a reportar, e se possui qualificação para gozar daqueles benefícios. O resultado final é que os participantes de cartéis internacionais estão tomando decisões conscientes de se candidatar à leniência em várias jurisdições, nas quais eles encontram severas penas. Por sua vez, autoridades Antitrustes em diversas jurisdições estão obtendo cooperação de informantes, trabalhando em conjunto e coordenando suas estratégias investigativas contra os conspiradores remanescentes. Principalmente, os cartéis estão sendo detidos, os responsáveis estão respondendo pela prática e as vítimas estão sendo compensadas. (tradução nossa).

espontaneamente, sem que sua delação esteja vinculada a uma empresa. (DELMANTO apud. COSTA, 2005).

Nos EUA, indivíduos também podem ser responsabilizados criminalmente pelo envolvimento em condutas concorrenciais, o que muitos especialistas no tema consideram fundamental para a efetividade de um programa de leniência, correspondendo a uma sanção severa que possui o efeito de coibir a prática de cartel e estimular a “corrida” para a candidatura ao Acordo de Leniência, efeito já bastante abordado por estudiosos do tema.

The first prerequisite to creating an effective amnesty program is the threat of severe sanctions for those who lose the race for amnesty. Since cartel activity is treated as a criminal, civil, and/or administrative offense depending on the jurisdiction, authorities around the world rely on a range of sanctions and then apply these sanctions with varying degrees of severity. So how does one determine what constitutes a severe sanction? I think most people would agree that the threat of criminal sanctions and individual jail sentences passes the test and provides the foundation for an effective leniency program.³¹ (HAMMOND, 2004, p. 6).

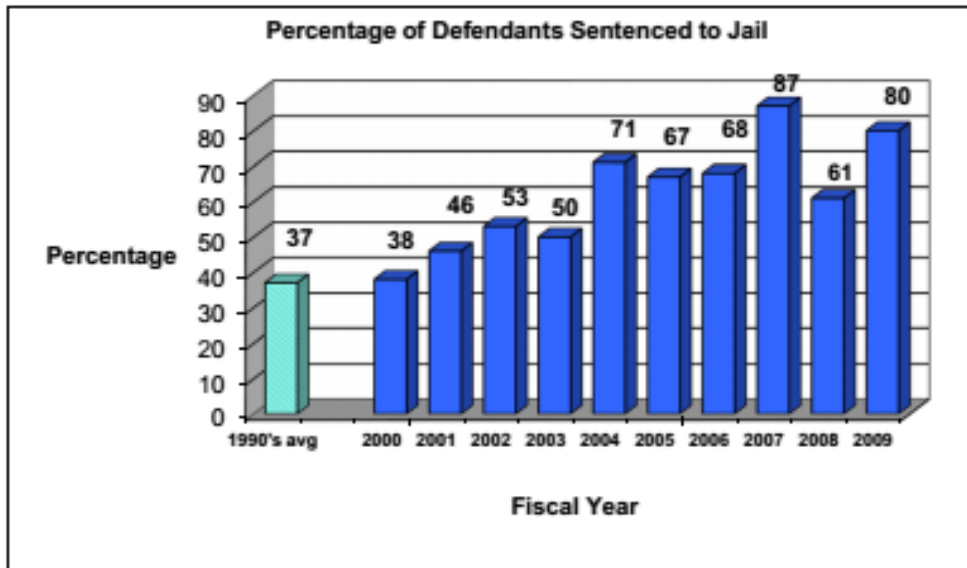
In fact, the US authorities are of the view that holding culpable individuals accountable, by seeking prison time, is the most effective way to deter and punish cartel activity³². (MARTYNIZIN, 2014, p. 3).

O Programa de leniência dos EUA é um dos mais rigorosos e que impõem sanções mais severas a práticas de cartel, tanto administrativas quanto penais. Hammond (2004) atribui a essa característica grande importância na prevenção de infrações à concorrência. Segundo ele, muitos cartéis deixam de expandir suas condutas para os Estados Unidos por considerar que não vale o risco de enfrentar as multas e ir para a prisão, mesmo que o mercado estadunidense fosse um mercado de grandes dimensões que pudesse render bons lucros ao cartel.

De fato, desde os anos 90, a *Antitrust Division* tem aumentado cada vez mais o papel desempenhado pela responsabilização individual nas estratégias de combate a cartéis, como se pode inferir do gráfico a seguir:

³¹ O primeiro pré-requisito para a criação de um programa de leniência eficaz é a ameaça de sanções severas para aqueles que perdem a corrida pela leniência. Desde que a atividade do cartel é tratada como uma ofensa criminal, civil e/ou administrativa, dependendo da jurisdição, as autoridades em todo o mundo dependem de uma série de sanções e, em seguida, aplicam-nas com graus variados de severidade. Então, como determinar em que constitui uma sanção severa? Eu acho que a maioria das pessoas concordaria que a ameaça de sanções penais e sentenças de prisão individuais passa o teste e fornece a base para um programa de clemência eficaz. (tradução nossa).

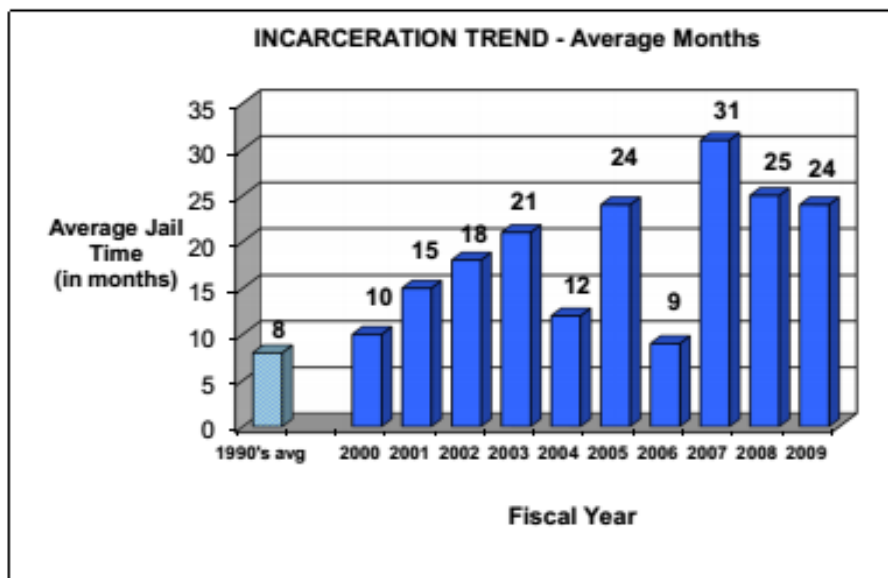
³² Na verdade, as autoridades dos EUA são de opinião de que a responsabilização individual, ao instituir tempo de prisão ao indivíduo, é a forma mais eficaz de dissuadir e punir a actividade do cartel. (tradução nossa).

Gráfico 2: *Percentage of Defendants Sentenced to Jail.*

Fonte: Hammond (2010, p. 8).

Observa-se, então, que cada vez mais os indivíduos responsáveis por ilícitos concorrenciais têm encarado condenações à prisão. No Gráfico 2, a média da ocorrência dessas penas na década de 90 era de 37 condenações à prisão por ano. Enquanto isso, do ano 2000 a 2009, nenhuma vez o número de prisões ficou abaixo desse número.

Importante ressaltar que esse aumento no número de condenações ocorre paralelamente a um aumento na média de tempo de cumprimento de prisão ao qual os responsáveis por ilícitos anticoncorrenciais são condenados. Essa situação se encontra bem ilustrada no gráfico seguinte:

Gráfico 3: *Incarceration Tend – Average Months.*

Fonte: Hammond (2010, p. 9).

As estatísticas acima ilustram bem como a responsabilização individual tem ocupado cada vez mais importância na atuação da *Antitrust Division*.

O Gráfico 2, por sua vez, reflete o aumento da média no período a que um indivíduo era condenado a cumprir pena de prisão por crime contra a concorrência. Nos anos 90, essa média correspondia a 8 meses de prisão. Da mesma maneira que o Gráfico 3, entre os anos de 2000 e 2009, nenhuma vez a média esteve aquém desse valor.

A situação apresentada pelos gráficos se deve ao alto valor que cada vez mais se atribui a essa prática de responsabilização individual criminal na coibição e na detecção de cartéis por meio do programa de leniência. Portanto, a possibilidade de indivíduos firmarem acordos de leniência expandiu sua atratividade e capacidade de alavancar novas informações para o combate de cartéis, uma vez que são um dos principais alvos das ações de repressão por parte do governo.

Importante destacar ainda que, como ocorre na maioria dos programas de leniência, a leniência nos EUA somente está disponível para a primeira empresa ou indivíduo que entrar em contato com a *Antitrust Division* no intuito de delatar uma conduta ilícita anticoncorrencial na qual esteja envolvida (*First-In Application*).

Similar ao Brasil, o Programa de Leniência dos EUA admite dois tipos de leniência, a depender do estágio processual das investigações: a) uma para os proponentes (empresa ou indivíduo) que se candidatam sem que a *Antitrust Division* tenha qualquer informação sobre a conduta ilegal reportada de nenhuma outra fonte; e

b) outra quando a *Antitrust Division* já iniciou uma investigação, mas carece de provas que sustentem a condenação do cartel.

Importante ressaltar que, em ambos os casos, permanece o requisito do *First-In Applicant*. A diferenciação se dá no momento da investigação em que o ilícito é reportado. Além disso, a *Antitrust Division* também tem discricionariedade para decidir, na segunda alternativa de Acordo de Leniência, acerca ou não da concessão dos benefícios. A legislação orienta que a *Division* deve levar em consideração se a concessão não será injusta com outras partes, a natureza ilegal do ilícito, o papel desempenhado pela proponente no cartel (se era líder ou se coagiu outras partes a participarem da prática ilícita) e o momento da proposição do acordo³³.

Outro fator que chama a atenção no sistema estadunidense é que o líder do cartel ou qualquer empresa ou indivíduo que tenha agido de forma a coagir outras a fazerem parte das atividades ilícitas desenvolvidas pelo cartel não podem se candidatar à leniência³⁴.

Aos indivíduos que não se qualificaram para a assinatura de Acordo de Leniência, a *Antitrust Division* também concede um benefício de redução da pena aplicável. No entanto, a aplicação dessa redução não é uniforme, “pois a relevância da cooperação pode variar drasticamente em cada caso”. (HAMMOND, 2004, p. 2). Há casos em que cooperação pode ser essencial para o andamento das investigações, porém existem também situações em que a cooperação seja redundante e não necessária.

3.2 AMNESTY PLUS

Amnesty plus, como é chamada a leniência *plus* no Estados Unidos, é uma das características que mais difere o Programa de Leniência estadunidense do brasileiro. O valor do desconto adicional não é um valor fixo, como no Brasil, que prevê em lei o desconto 1/3 da multa sem qualquer margem para discricionariedade do Cade. Nos EUA, o valor do desconto leva em consideração uma série de fatores. Os fatores relevantes são: a) a força do material probatório oferecido; b) a relevância da nova conduta reportada (levando em consideração o volume de comércio envolvido, o tamanho da área geográfica afetada e a quantidade de participantes envolvidos na conduta ilícita; e c) a probabilidade de a nova conduta reportada ser descoberta sem a

³³ DOJ Corporate Leniency Policy.

³⁴ DOJ Corporate Leniency Policy.

confissão da parte proponente do novo Acordo de Leniência. Os dois primeiros fatores possuem maior relevância na concessão do benefício. (MARTYNIZIN, 2014).

Ao não estar vinculada a um valor de desconto já previamente estipulado em lei, a *Antitrust Division* tem bastante discricionariedade na hora de aplicar o desconto. Ao sobreponderar os fatores elencados anteriormente, pode inclusive resultar em um benefício *plus* que supera o brasileiro, como ocorreu no caso da *Crompton Corporations*. No referido caso, foi concedido um benefício *plus* de redução de 59% da condenação mínima prevista, o que representou mais de 70 milhões de dólares em redução de multa (HAMMOND, 2006b), condizente com uma exemplar colaboração da empresa em questão com as investigações, no entendimento Martynizin (2014).

O instrumento da Leniência *plus* nos EUA foi desenvolvido e implantado pelo DOJ em 1999³⁵ e, como ocorre no Brasil, é voltado para empresas que operam em mais de um mercado simultaneamente. Desse modo, é impossível que empresas que operam em apenas um mercado gozem do benefício³⁶.

À época, diante do grande aumento das condenações por cartéis globais percebeu-se que várias empresas se tornavam infratoras recorrentes em outros mercados correlatos (CONNOR, 2003 apud. ROUX, 2007). Assim, verificou-se a necessidade de um instrumento que pudesse incentivar essas empresas ou indivíduos a considerar se qualificar para leniência em outros mercados que também estivessem operando condutas ilícitas. (SPRATLING; ARP, 2003, 29).

Também nos Estados Unidos, a leniência *plus* é uma ferramenta que permite a uma empresa ou um indivíduo envolvido em cartel, que não se qualifica para assinatura de um acordo de leniência, seja por não ter chegado primeiro, seja por não cumprir qualquer um dos outros requisitos, se candidate à assinatura de um Acordo de Leniência em outro cartel, em outro mercado do qual participe. Em troca, o confessor, seja empresa, seja indivíduo, recebe imunidade total quanto à sua participação no segundo cartel, mas, além disso, recebe um desconto adicional de redução de penalidade que incidirá sobre o valor da condenação no cartel anteriormente sob investigação.

Dessa forma, também constitui um incentivo para que empresas que já estão sob investigação reportem toda a magnitude de sua atuação em crimes anticoncorrenciais. (HAMMOND, 2004).

³⁵ Roux (2007).

³⁶ Ibidem.

3.2.1 *Penalty Plus*

Outra diferença relevante na legislação norte-americana é que a leniência *plus* vem acompanhada de uma série de outras ferramentas desenvolvidas pela *Antitrust Division*, que não são encontradas no Brasil e em muitas outras jurisdições: o *Penalty Plus* e a *Omnibus Question*. Alguns estudiosos do campo, como Martynizin (2014) intitula tais institutos de “Pacote *plus*” (*plus Package*):

(...) a leniência *plus* não é um instrumento independente e opcional no programa da *Antitrust Division*. É uma parte que integra o programa de leniência e um elemento do que pode ser chamado de *Plus Package* (*Pacote Plus*). Essa é uma característica essencial e, surpreendentemente, muitas vezes deixada de lado tanto pela literatura legal quanto a econômica. O Pacote *Plus* também inclui os instrumentos da *Penalty Plus* e da *Omnibus Question*.³⁷ (tradução nossa)

O mecanismo da *Penalty plus* corresponde a um instrumento que opera em conjunto com a Leniência *plus*, mas como o outro lado da moeda³⁸. Esses dois institutos são comumente retratados através da utilização da metáfora da cenoura extra (*extra carrot*) e do porrete extra (*extra stick*). Assim, enquanto a Leniência *plus* corresponde à cenoura extra, o *Penalty plus* cumpre, por sua vez, o papel de porrete extra. Enquanto a Leniência *plus* é um benefício (cenoura) concedido pelo fato de que a empresa e/ou indivíduo trouxe informações novas a respeito de um novo cartel, o *Penalty plus* é uma espécie de punição (porrete) à não revelação dessas informações. (MARTINEZ e ARAÚJO, 2015)

Desse modo, considere-se uma situação em que uma empresa que esteja em investigação por sua participação em um cartel no mercado A e também participa de outro cartel em um mercado B. Esta empresa opta por não recorrer ao benefício da Leniência *plus* e reportar a sua participação no cartel mercado em B. A *Antitrust Division* posteriormente chega a ter conhecimento dessa outra conduta ilícita não reportada. Por meio da *Penalty plus*, a *Antitrust Division* passará então a se posicionar a favor do aumento da pena resultando da investigação em A. Nas palavras de Arp e Spratling (2003):

³⁷ “(...) amnesty *plus* is not a self-standing and optional instrument in the *Antitrust Division*’s toolbox. It is an integral part of the leniency programme and an element of what can be referred to as a tripartite ‘*plus package*’. This essential circumstance is surprisingly often disregarded in both legal and economic literature. The *plus package* includes also penalty *plus* and omnibus question instruments”

³⁸ Martynizin (2014).

Se a leniência *plus* é a cenoura, a *Penalty* Se a leniência *plus* é canoura, a *Penalty Plus* é o porrete. A Divisão Antitruste agora entende que, se uma empresa tem a oportunidade de se beneficiar da leniência *plus* and a rejeita ao não fazê-lo, e então a decisão de empresa chega ao conhecimento da Divisão Antitruste, esta buscará um aumento substancial na punição à empresa por falha ao reportar a segunda má conduta.³⁹ (SPRATLING; ARP, 2003, p. 29).

Naturalmente, a *Penalty plus* também cumpre o papel de aumentar os incentivos para que empresas reportem todas suas condutas ilícitas. Pelo receio de uma sanção ainda mais gravosa, são incrementados os incentivos para que a empresa infratora se certifique do seu envolvimento em outras situações ilícitas e, sendo o caso, reportem outras infrações. Para uma empresa, que tem conhecimento de seu envolvimento em outros cartéis, não utilizar do benefício da leniência *plus*, pode significar a diferença entre não ser condenada ao pagamento de multa por sua atuação no cartel em B e um aumento de pena que pode chegar até 80%. Adicionalmente, para os indivíduos envolvidos isso pode representar a diferença entre ir para prisão ou não⁴⁰.

For a company, the failure to self-report under Amnesty *plus* circumstances, if later discovered by the DOJ, could mean the difference between no fine at all on the second product under Amnesty *plus*, and a fine as high as 80 per cent of the volume of affected commerce under Penalty *plus*. For the executives, it could mean the difference between no jail and a lengthy jail sentence⁴¹. (HAMMOND, 2001, p. 6).

A severidade da *Penalty plus* vai depender das motivações e das condições que levaram a empresa a omitir a conduta. É possível que uma empresa tenha conduzido investigações internas, mas não tenha conseguido descobrir as práticas ilegais que aconteciam dentro do seu ambiente corporativo. Todavia, uma vez que a *Antitrust Division* toma conhecimento da conduta, a empresa se declara culpada e coopera com as investigações. Nesse exemplo, menor será o aumento ocasionado pelo *Penalty plus*. Por outro lado, caso a empresa não promova qualquer investigação interna ou, ainda, tenha

³⁹ "If Amnesty *plus* is the carrot, 'Penalty *plus*' is the stick. The *Antitrust Division* now takes the position that, if a company has the opportunity for an Amnesty *plus* disclosure and rejects it in favour of non-disclosure, and the *Division* subsequently learns of the company's decision, the *Division* will seek a substantial increase in the penalty against the company for its knowing failure to report the second offense."

⁴⁰ Hammond, 2001. *When Calculating The Costs And Benefits Of Applying For Corporate Amnesty, How Do You Put A Price Tag On An Individual's Freedom?*

⁴¹ "Para uma empresa, a falha em não haver se delatado sob leniência *plus*, se mais tarde descoberta pelo DOJ, pode significar a diferença entre nenhuma multa, sobre o segundo cartel, e uma multa tão alta quanto 80 por cento do volume de comércio afetado por conta do *Penalty Plus*. Para os executivos, poderia significar a diferença entre nenhuma prisão e uma longa pena."(tradução nossa)

omitido a conduta estando ciente desta, a *Antitrust Division* buscará a imposição de uma pena mais severa.

Para mensurar como o aumento da multa pelo *Penalty plus* pode ser relevante, observa-se o caso da *Bridgestone Corporation*. A empresa em questão se declarou culpada e se comprometeu a pagar uma multa de 425 milhões de dólares por ajuste de preços em peças de automóveis. A multa aplicada no caso foi majorada pela *Penalty plus*⁴², ao considerar que anteriormente a *Bridgestone* estava envolvida no cartel de mangueiras marinhas e, embora tenha se declarado culpada, não revelou sua participação no cartel de automóveis.

3.2.3 Omnibus Question

O terceiro elemento do “Pacote plus” é a Omnibus Question. O instituto consiste em uma técnica investigatória proativa bastante utilizada pela *Antitrust Division*. No final de uma interrogação, os investigadores perguntam às testemunhas se elas estão cientes de alguma outra conduta proibida. Essa prática se deve ao fato de que no sistema estadunidense os integrantes de cartel são obrigados a informar à *Antitrust Division*, não apenas sobre um, mas sobre todos os ilícitos anticoncorrenciais em que estiver envolvido. (MARTYNIZIN, 2014).

A *Omnibus Question* é formulada, de maneira generalizada, da seguinte forma:

*Do you have any information whatsoever, direct or indirect, relating to [description of conduct: eg, price fixing, bid rigging, market allocation] with respect to other products in this industry or in any other industry?*⁴³
(SPRATLING e ARP, 2003, p.29).

Antes de responder a pergunta sob as normas do sistema dos EUA, a testemunha é intimada a fazer um juramento de dizer a verdade sob pena de perjúrio, que pode resultar em multa e em uma condenação de até cinco anos de prisão. Dessa forma,

⁴² THE UNITED STATE. Department of Justice. Bridgestone Corp. Agrees to Plead Guilty to Price Fixing on Automobile Parts Installed in U.S. Cars. **Justice News**. fev. 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/bridgestone-corp-agrees-plead-guilty-price-fixing-automobile-parts-installed-us-cars>> Acesso em: 29 nov. 2018.

⁴³ Você tem alguma informação, qualquer que seja, direta ou indireta, relacionada a [descrição da conduta ex.: ajuste de preços, fraude a licitação ou alocação de mercados] a respeito de outros produtos nessa indústria ou em qualquer outra? (tradução nossa).

haverá menos chances de a testemunha evitar responder a pergunta⁴⁴. (MARTYNIZIN, 2014).

Essas três ferramentas dissecadas compõem basicamente as nuances da leniência *plus* nos EUA. A leniência *plus* é uma grande ferramenta na investigação de cartéis internacionais compostos por empresas que compõem outro mercado. Hammond (2004) aduz que, em 2004, a *Antitrust Division* investigava mais de 50 suspeitas de cartéis internacionais. Metade dessas investigações foram iniciadas como resultado de investigações em outro mercado. Isso significa que toda vez que é aberta uma averiguação para apuração da ocorrência de um suposto cartel internacional, maiores são as chances de descoberta de conduta ilícita relacionadas a um mercado diverso. (HAMMOND, 2004).

⁴⁴ 18 US Code §1621 (Perjury generally):

Whoever —

(1) *having taken an oath before a competent tribunal, officer, or person, in any case in which a law of the United States authorizes an oath to be administered, that he will testify, declare, depose, or certify truly, or that any written testimony, declaration, deposition, or certificate by him subscribed, is true, willfully and contrary to such oath states or subscribes any material matter which he does not believe to be true; or*

(2) *in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code, willfully subscribes as true any material matter which he does not believe to be true; is guilty of perjury and shall, except as otherwise expressly provided by law, be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both. This section is applicable whether the statement or subscription is made within or without the United States.*

CAPÍTULO 4 – DOS DESAFIOS E DAS INQUIETUDES RELACIONADOS AO USO DA LENIÊNCIA NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

4.1. A EVOLUÇÃO DO PROGRAMA DE LENIÊNCIA NO BRASIL

Para melhor compreensão do histórico de existência do Programa de Leniência, Athayde e Fidelis (2016b) propõem a divisão deste em duas fases: a) Fase 1 – Implantação do Programa de Leniência no Brasil, o que corresponderia ao interstício de tempo compreendido entre os anos 2000, com a entrada em vigor da lei que prevê o programa, e 2011; com o advento da Nova Lei de Defesa da Concorrência; e b) Fase 2 – Consolidação do Programa, que compreende o período entre 2012 e os dias atuais.

Inicialmente, nos primeiros anos da instituição do Programa de Leniência, o projeto ainda estava em fase de implantação, visto que sua maior demanda era de cartéis internacionais. Segundo as autoras, isso se deve ao fato de que levou um tempo até que as empresas, os indivíduos, os advogados e a sociedade brasileira tomassem conhecimento da legislação, despertasse o interesse pelo Programa e estivessem confiantes quanto aos procedimentos a serem adotados. Enquanto isso, agentes estrangeiros já estavam mais familiarizados com o instituto, que já estava previsto em algumas legislações estrangeiras antes de sua implantação no Brasil.

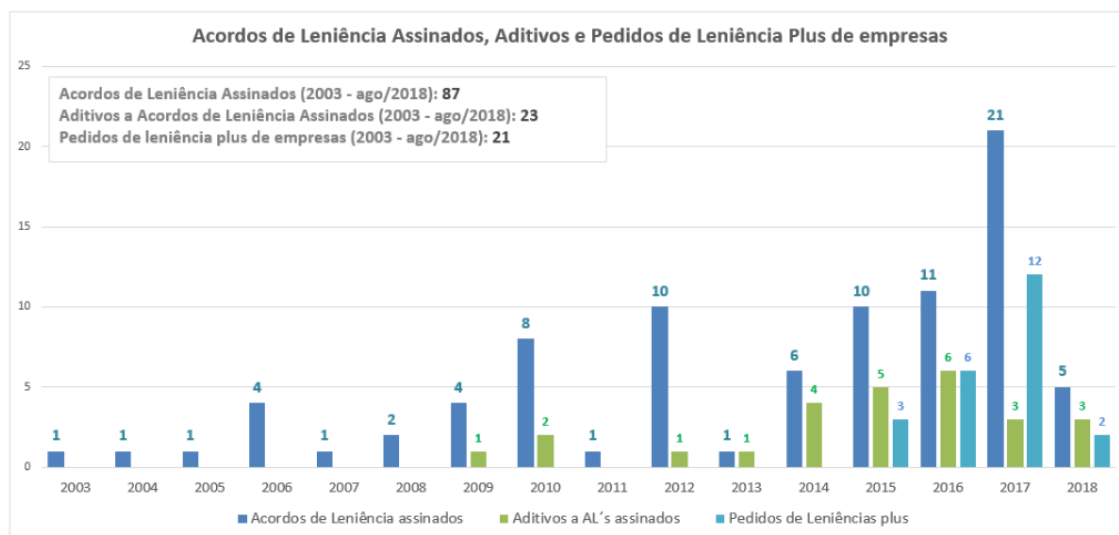
Por essa razão então, na Fase 1, foram celebrados 23 Acordos de Leniência, dos quais apenas 7 (35%) eram relacionados a cartéis exclusivamente presentes no mercado nacional e 8 a cartéis mistos, que ocorriam simultaneamente no Brasil e no exterior.

Porém, na Fase 2, com a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011, foi evidenciado um novo momento de desenvolvimento do Programa de Leniência Antitruste. Essa fase se caracteriza por um expressivo aumento do número de investigações e processos administrativos no Cade e imposições de multas severas. Para ilustrar, somente em 2018, até o mês setembro, já foram julgados 33 casos de cartéis⁴⁵. A título de comparação, durante a Fase 1 do Programa de Leniência brasileiro, o Cade julgou em média quatro casos por ano. Somados, os 33 casos decididos em 2018 implicaram 603 milhões de reais a títulos de multa e 91 milhões de reais em contribuições pecuniária para o Fundo de Garantia dos Direitos Difusos.

⁴⁵<https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmoros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true> Acesso em 26 de novembro de 2018.

Esse ritmo de aumento da demanda dentro do Cade também se reflete no número de Acordos de Leniência assinados, o que se pode observar a partir da análise do gráfico a seguir⁴⁶:

Gráfico 4: Acordos de Leniência Assinados, Aditivos e Pedidos de Leniência *Plus* de empresas.



Fonte: (BRASIL, 2016).

O Gráfico 4 ilustra bem como é expressivo o aumento no número de Acordos de Leniência assinados na segunda fase ano a ano e segue aumentando. Como se observa, somente em 2017, foram assinados 21 Acordos de Leniência, 3 Aditivos a Leniência e 12 pedidos de Leniência *Plus*.

Nota-se, ainda, que, desde o primeiro pedido, até o mês de novembro de 2018 a leniência *plus* já havia sido requisitada 23 vezes. No entanto, o conteúdo da maior parte dos acordos permanece sob sigilo, pois ainda se encontram em fase de apuração, o que impede uma análise mais aprofundada do inteiro teor de cada caso.

No entendimento de Athayde e Fidelis (2016b), o Cade tem aprendido com sua própria experiência no combate a cartéis e tem exigido dos proponentes um padrão probatório mais robusto para a assinatura do Acordo de Leniência. A autarquia tem priorizado as propostas de maior valor probatório, especialmente para casos de cartéis internacionais em que, além de provar a existência da conduta ilícita, apresenta

⁴⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Programa de Leniência**. Maio, 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-lenienca>>. Acesso em: 31 out. 2018.

evidências do potencial lesivo da conduta no mercado nacional. (ATHAYDE; FIDELIS, 2016b).

Assim, constataram que essas novas exigências por parte do Cade culminaram então na rejeição ou na desistência de duas propostas de leniência para cada uma que fosse assinada. (ATHAYDE; FIDELIS, 2016b).

4.1.1 O grande boom da Leniência e da leniência *plus* no Brasil

Outra consequência do amadurecimento do Programa de Leniência antitruste foi a apresentação do primeiro pedido de leniência *plus* em 2015, embora este já estivesse legalmente previsto desde o ano 2000.

Algumas causas podem ser apontadas para a tardia aplicação desse instituto, uma delas pode ser a mencionada falta de familiaridade com o próprio Programa de Leniência em si. Destarte, à medida que a sociedade brasileira toma conhecimento e é capaz de prever o funcionamento e os resultados do Programa de Leniência e que as multas aplicadas se tornam cada vez maiores, condições foram sendo criadas e culminaram no pedido de leniência *plus*.

A deflagração da Operação Lava Jato é outra possível explicação. A investigação que já soma 4 anos de duração é considerada a maior apuração de corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil⁴⁷, expandiu o alcance do Estado para ilícitos ocorridos em diferentes mercados e aumentou as chances de pedidos de leniência *plus*.

Além disso, o advento da Lei Anticorrupção, que acrescentou outro mecanismo de leniência para infrações cometidas por empresas contra a Administração Pública, permitiu a deflagração de muitas investigações que envolvem, indiretamente, outras condutas anticoncorrenciais no âmbito do Poder Público, possivelmente até então não priorizadas pelo Cade.

O primeiro caso público da aplicação de leniência *plus* pelo Cade se deu no âmbito das investigações da Operação Lava Jato. Em 31 de julho de 2015⁴⁸, a Construtora e Comércio Camargo Corrêa S/A – Camargo Corrêa e ex-funcionários

⁴⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Entenda o caso. Caso da Lava Jato. **Para o cidadão**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>> Acesso em: 31 out. 2018.

⁴⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Cade celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobras**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-com-construtora-camargo-correa-na-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras>> Acesso em: 1º nov. 2018.

firmaram com o Cade um Acordo de Leniência em que reconheceram sua participação, colaboraram e angariaram material probatório a respeito de um suposto cartel em licitação da Eletrobrás Termonuclear S/A – Eletronuclear, que ocorria no mercado de obras de montagem eletromecânica da usina nuclear de Angra 3. (ATHAYDE; FIDELIS, 2016a)

No entanto, a Camargo Corrêa, à época, já estava sendo investigada por sua participação em cartel no mercado de obras civis e de montagem industrial no setor de óleo e gás *onshore* no Brasil, em licitações da Petrobrás.

Considerando que o mencionado cartel chegou ao conhecimento do Cade por celebração de Acordo de Leniência, em março de 2015, com a empresa Setal Engenharia e Construções, a SOG Óleo e Gás e pessoas físicas funcionárias do grupo Setal/SOG, na qual ficou demonstrada a participação da Camargo Corrêa. A esta última não lhe restou oportunidade para se qualificar ao Acordo de Leniência na ocasião.

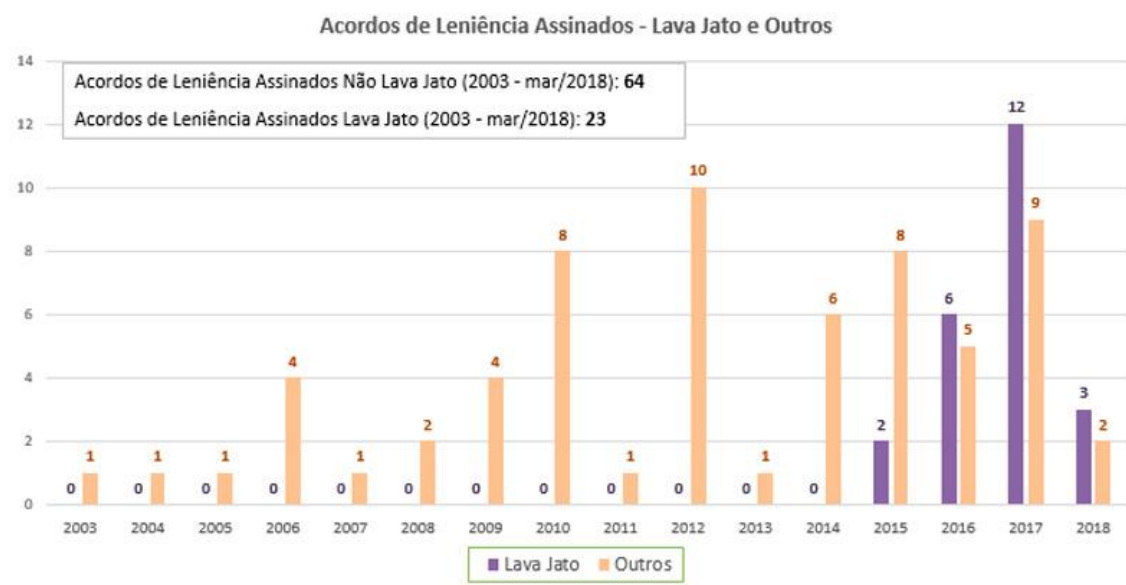
Assim, ao celebrar o Novo Acordo de Leniência que entregou o cartel no mercado de obras de montagem eletromecânica da usina nuclear de Angra 3, a Camargo Corrêa reuniu condições necessárias para gozar do benefício da leniência *plus*, nos termos do art. 86, parágrafos 7º e 8º.

Dessa forma, além de ter de assegurar os benefícios de imunidade criminal e administrativa no âmbito do novo Acordo de Leniência relacionado ao cartel da Usina Nuclear de Angra 3, a Camargo Corrêa obteve também uma redução de 40% da alíquota da multa prevista⁴⁹, que foi considerada. Considerando ainda o benefício *plus* de redução de 1/3 da multa e sua aplicação não cumulativa, mas subsequente, o desconto final na penalidade pecuniária aplicável por sua participação no cartel do mercado de obras civis e de montagem industrial no setor de óleo e gás *onshore* correspondeu a 60% da multa esperada.

Desde, então, a Operação Lava Jato resultou na assinatura de muitos outros acordos de leniência e pedidos de leniência *plus*, conforme se observa no gráfico abaixo:

⁴⁹ Calculada em seu valor máximo legal de 20% (art. 37, I da Lei nº 12.529/2011) sobre o faturamento bruto da empresa no último exercício anterior à instauração do processo administrativo no ramo da atividade em que ocorrem as atividades do cartel.

Gráfico 5: Acordos de Leniência Assinados – Lava Jato e outros.



Fonte: (BRASIL, 2016).

4.2 O USO ESTRATÉGICO DA LENIÊNCIA, OS EFEITOS PROCOLLUSIVE NO BRASIL E AS INSEGURANÇAS QUANTO À LENIÊNCIA *PLUS*

O crescente aumento da demanda pela leniência *plus* é hoje um dos grandes desafios do Cade. Pela sua natureza, existe o risco contínuo de que tal instituto encoraje indevidamente a prática de novos ilícitos concorrenciais e desvie do seu objetivo de persecução e combate a cartéis. (ATHAYDE; FIDELIS, 2016b).

A leniência *plus*, como já visto, foi desenvolvida nos Estados Unidos e supostamente opera bem naquele ordenamento jurídico, embora não haja dados disponíveis que comprovem isso. De acordo com Martynizin (2014), muitos cartéis só foram descobertos graças a essa ferramenta, afirmação também reiterada por Hammond (2006b, p. 9)⁵⁰.

Diante desse sucesso, vários outros programas de leniência ao redor do globo incorporaram a ferramenta. Ainda assim, o *International Competition Network's*

⁵⁰ Here is a remarkable statistic: roughly half of the Division's current international cartel investigations were initiated by evidence obtained as a result of an investigation of a completely separate Market. (HAMMOND, 2006b, p. 9).

(ICN)⁵¹ *Enforcement Manual* menciona que a leniência *plus* é um dos elementos que com menos frequência se encontra como parte integrante de programas de leniência ao redor do mundo⁵².e até mesmo já foi retirada alguns onde já esteve presente⁵³.

Outro receio que recai a esse instrumento é que este possui escassa fundamentação teórica, como aduz Martynizin (2014). Sua utilização tem se sustentado nos seus resultados na prática das agências antitruste, principalmente por meio de números de casos que chegam ao conhecimento destas e do montante de multas aplicadas, que para esse intuito pode ter mérito.

4.2.1 As partes interessadas na leniência *plus*

No caso da leniência, as partes que despertam interesse por seu uso são: empresas, agências antitruste, escritórios de advocacia, e consumidores⁵⁴. (MARTYNIZIN, 2014).

Sob uma ótica racional, as empresas que têm interesse em atuar de forma cartelizada se beneficiam de programas de leniência ineficientes. Programas ineficazes permitem que empresas mal-intencionadas utilizem os mecanismos de leniência de maneira estratégica em seu próprio proveito, conforme será explicado mais adiante.

Por outro lado, os consumidores deveriam⁵⁵ se posicionar a favor da eficácia dos programas de leniência. Se as ferramentas de leniência estiverem funcionando de forma adequada, existe uma natural tendência na redução do número de cartéis o que, a logo prazo, gera benefícios para o mercado consumidor.

Apesar da relevância de tais discussões, nesta pesquisa, todavia, as questões relacionadas ao interesse das agências antitrustes nos programas de leniência. Martynizin (2014) alerta para os potenciais riscos da atuação das agências:

⁵¹ A *International Competition Network* – ICN, criado em 2001, funciona como um fórum independente e especializado em defesa da concorrência, do qual participa, cerca de 104 agências de defesa da concorrência do mundo todo. O Fórum tem o objetivo de promover a convergência global em torno do tema de defesa da concorrência. (BRASIL, 2018)

⁵² Atualmente, existem mais de 60 programas de clemência em várias jurisdições (MORGAN LEWIS, 2017 apud. OECD, 2018, p. 4).

⁵³ Portugal inicialmente introduziu a leniência *plus* no rol de ferramentas (art. 7º da Lei portuguesa n. 39/2006) de ser programa de leniência. No entanto, em 2012, esta foi retirada do programa (art. 8º da Lei Portuguesa n. 12/2015).

⁵⁴ Para os fins desta pesquisa serão desprezados os interesses dos escritórios de advocacia.

⁵⁵ O autor defende que os consumidores, em sua maioria, não representam bem seus interesses. Uma das razões é o conhecimento técnico que envolve a leniência e não se pode esperar que os consumidores estejam aptos a discutir a proposta de novas políticas de leniência.

Segundo o autor, as autoridades podem promover a leniência *plus*, mesmo que possa trazer potenciais riscos a consumidores. De acordo com Martynizin (2014), existe o risco intrínseco das agências antitrustes perseguirem uma agenda própria, sustentada no intuito de autopromoção da entidade. A adoção de programas de leniência pode elevar o montante de multas aplicadas e condenações, o que gera uma publicidade positiva para agência. No entanto, tais estatísticas não necessariamente refletem a eficácia do programa.

Assim, as agências antitrustes, na intenção de evidenciar resultado, têm bastante interesse na leniência *plus* e nos números de cartéis que ela pode trazer à luz de seu conhecimento. No entanto, a leniência possui dois objetivos: o combate a cartéis e a inibição do surgimento de novos cartéis (*deterrence*). É evidente diante dos dados apresentados nesta pesquisa⁵⁶ que a leniência *plus*, no Brasil e nos EUA, é eficiente em trazer ao conhecimento das autoridades novos casos de cartéis, ao mostrar que ela vem cumprindo com o seu primeiro objetivo. No entanto, há uma carência de estudos que apontem o efeito de “*deterrence*”⁵⁷ da leniência *plus* e até mesmo de todo a programa de leniência, que provavelmente representa o objetivo mais importante do programa. (OCDE, 2018).

Ressalta-se, ainda, que os efeitos *procollusive* do Programa de Leniência do Cade podem se intensificarem por atualmente prever a possibilidade de que o líder do cartel se candidatar à assinatura de acordo. No entanto, o entendimento a respeito desse elemento, sobre a sua eficácia, ainda não é consolidado⁵⁸. Ao mesmo tempo que pode incentivar a colusão, pois o líder é, em certo grau, o arquiteto por trás da má conduta; por outro lado, este é o que possui mais provas e conhecimento a respeito do ilícito, além de que a tarefa de definir a identidade é árdua, haja vista que muitas vezes não se identifica a figura de uma só empresa exercendo essa função, mas uma verdadeiro esforço colaborativo.

4.2.2 A ausência de *Penalty Plus* e *Omnibus Question*

⁵⁶ Ver sessão a respeito das Fases da Leniência no Brasil.

⁵⁷ Essa situação se agrava ainda mais se considera a possibilidade de uso estratégico por parte das empresas, conforme demonstram ROUX e UNGERN-STERNBERG (2007), LEFOUILI e ROUX (2008).

⁵⁸ Frisa-se que a Lei n. 8.884/94 impedia que o líder do cartel se candidatasse à leniência, conforme ocorre no programa estadunidense. Entretanto, com a Reforma do Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência em 2011, esta foi incorporada ao Programa de Leniência do Cade.

Cabe mencionar que o texto normativo brasileiro não traz qualquer menção expressa de um mecanismo de *Penalty Plus* e/ou *Omnibus Question* ou de qualquer prática que se assemelhe a estas tão efetivas ferramentas de combate a cartéis em outros ordenamentos jurídicos. Frisa-se que, em realidade, nos Estados Unidos, o DOJ entende essas duas ferramentas como partes integrantes e essenciais do Programa de Leniência.

Assim, o Programa de Leniência, posto em prática pelo DOJ, encontra como seus pilares, dentre outros, a leniência *plus*, o *penalty plus* e a *omnibus question*. Desse modo, eles não são entendidos apenas como acessórios que asseguram a efetividade da Leniência, e sim elementos fundamentais constituintes do Programa de Leniência em si. (MARTYNISZYN, 2014):

Reitera-se que uma das principais características presentes nos cartéis é a capacidade de adaptação e mudança de comportamento da organização criminosa. Nesse contexto, evidencia-se a habilidade dos cartéis de explorar programas de leniência no intuito de facilitar e dar suporte à sua manutenção, assim nasce a necessidade de estudos que analisem o impacto do pacote *plus* nos programas de leniência. Dessa forma, são realizados estudos no campo da Economia no intuito de prever como se comportam as empresas em situações de mercado em que a leniência *plus* está presente e naquelas em que não é encontrada.

Diante dessa constatação, Roux e Ungern-Sternberg (2007)⁵⁹ analisaram de que forma os efeitos da leniência *plus* influenciam na decisão das empresas se entregarem em relação a um mercado, se alterado o incentivo para a delação em outro mercado. O estudo indica que tais ferramentas podem produzir dois efeitos: (i) a redução da proatividade das empresas se entregarem, uma vez que isso implicaria também na revelação de outro cartel; (ii) por outro lado, podem incentivar que empresas se entreguem nos dois mercados em que atue de forma ilícita, uma vez que haverá o temor de que, após a revelação de participação em um cartel, um de seus “comparsas” revelem à autoridade sua participação em um outro cartel

Lefouili e Roux (2008) também realizam estudos com base na teoria dos jogos que fundamentam a leniência, ao adaptarem o modelo para um cenário de

⁵⁹ *Unsurprisingly, conditional on cartel conviction in one of the markets, Amnesty Plus and Penalty Plus strengthen firms' reporting incentives in the other market. However, Amnesty Plus and Penalty Plus have an ambiguous impact on firms incentives to apply for amnesty in the first place : On the one hand, firms are less willing to denounce a cartel, otherwise reported under the EC Leniency Program, if this would entail revelation of a second cartel; especially if the latter is very profitable . [...] On the other hand, Amnesty Plus and Penalty Plus may also lead to immediate self-reporting in both markets. (ROUX; UNGERN-STERNBERG, 2007, p. 5).*

multimercado⁶⁰ e considerarem os efeitos da *Penalty Plus*. Os autores concluem que as duas ferramentas fornecem incentivos para delatar um cartel, na situação em que essa já foi condenada por outra prática de cartel.

Entretanto, segundo os autores, a problemática se mostra quanto aos efeitos destes na decisão das empresas e/ou dos indivíduos de se candidatarem à leniência em princípio⁶¹. Isso porque uma empresa, prevendo que sua comparsa irá a busca da leniência *plus*, assim que delatada, deixará de reportar a existência do primeiro cartel.

Destaca-se, ainda, que, no exemplo do programa patrocinado pelo DOJ, a *Penalty Plus* é instrumento que garante que leniência *plus* seja compulsória, conforme aduz Martynizin (2014). No entanto a máxima não é verdadeira para outras jurisdições, visto que apenas o Canadá também adota tal prática. O autor então alerta que esse seria um dos fatores suscetíveis de uso estratégico e efeitos *procollusive*. A obrigatoriedade da leniência *plus* possui efeitos para além do Acordo de Leniência. Este é capaz de fazer com que as empresas “limpem a casa” antes de se apresentar, consistindo em forte estímulo ao desenvolvimento de mecanismos de *compliance* interno. (ATHAYDE, 2016),

A lógica por trás dessa constatação é que a empresa não vai se arriscar, quando da assinatura do acordo de leniência, a que a autoridade antitruste descubra sua participação em outros casos em que, muitas vezes, nem os próprios dirigentes tinham conhecimento, situação possível em se considerando o tamanho e a complexidade dos quadros de recursos humanos em empresas que operam em multimercado e, muitas vezes, multinacionais.

Além desse fato, a instituição da *Penalty Plus* pode tornar a leniência muito “cara” para as empresas, pois elas teriam muito a “perder”, ao ter que expor todas as condutas anticoncorrenciais em que estivessem envolvidas, sob ameaça de incidência da *Penalty Plus*, o que faz com que elas pense duas vezes antes de decidir se assina um Acordo de Leniência ou não.

⁶⁰ SPAGNOLO (2003) já havia realizado estudo parecido que explorasse a reincidência em infração de cartel.

⁶¹ *However, we have shown that Amnesty Plus and Penalty Plus have an ambiguous impact on firms' incentives to apply for amnesty in the first place. On the one hand, firms, anticipating their rival's action in stage 2, are less willing to denounce a cartel, otherwise reported under the EC Leniency Program, if this move would entail revelation of the second cartel. Thus, Amnesty Plus and Penalty Plus may help to sustain collusion in both markets, especially if the second cartel gives firms high expected profits. On the other hand, Amnesty Plus and Penalty Plus may lead to immediate self-reporting in both markets. This outcome arises if a firm, fearing that, after reporting one, their partner may be first to reveal the other cartel, prefers to immediately report both cartels.* (LEFOUILI; ROUX, 2008, p. 20).

Mesmo diante de todo o constatado, os autores não ignoram também a possibilidade de efeitos pró-concorrência, uma vez que a existência das ferramentas pode aumentar o incentivo para que a empresa, ao se candidatar para a leniência, já entregar a existência dos dois cartéis. Porém, considerando-se a racionalidade esta segunda hipótese de tomada de decisões (*decision making*), é provável que ocorra apenas se constatado que a expectativa de lucro no segundo mercado não vale o risco de renunciar à leniência.

4.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

4.3.1 *Plus Package* no Brasil?

Conforme apresentado, para o DOJ, seu Programa de Leniência não existe como tal sem a leniência *plus*, e esta, por sua vez, não existe sem a Penalidade *plus* e a *Omnibus Question*. Abre-se então margem a uma possibilidade de encontrar previsão legal que possa abarcar e recepcionar a utilização dos dois institutos no Programa de Leniência do Cade e aperfeiçoá-lo. É uma necessidade iminente e que tem se mostrado cada vez mais discutida, o que constitui um dos atuais desafios para o programa de leniência do Cade a adoção das ferramentas, conforme aduzem Athayde e Fidelis (2016b).

Em toda a lição dos art. 86 e 87, que compõem o capítulo sobre o Programa de Leniência na Lei nº 12.529, o legislador não faz qualquer alusão ao modelo que o Cade deve adotar. A lei traz apenas apresenta diretrizes básicas que instituem a possibilidade de o Cade se valer da leniência como uma ferramenta no combate às infrações contra a ordem econômica

Em realidade, o dispositivo, no parágrafo 3º do art. 86⁶², garante à SG/CADE certa discricionariedade, ao conceder a possibilidade de estipular as cláusulas e as condições que regerão a assinatura do Acordo de Leniência de forma a assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo.

O Cade, então, em resposta à atribuição que lhe é conferida, possui, em seu Regimento Interno, um capítulo destinado a regulamentar o Programa de Leniência.

⁶² Art. 86§ 3º O acordo de leniência firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, estipulará as condições necessárias **para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo**. (BRASIL, 2011). (grifo nosso).

Nesse momento, sim, a normativa traz uma descrição pormenorizada de como se dá o funcionamento do Programa que o Cade decidiu adotar. Assim, o art. 247 parágrafo 1º do RICADE estabelece quais as cláusulas que devem constar no acordo⁶³.

Frisa-se que a *Penalty plus* nos EUA é um mecanismo que incide no momento da aplicação da pena por parte da Corte dos Estados Unidos, estando o DOJ na busca por uma maior pena, pois, no caso, a empresa e/ou o indivíduo teriam deixado de

⁶³ !Art. 247. Preenchidas as condições legais, o acordo de leniência será firmado com o Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, em, pelo menos, 1 (uma) via, reservando-se aos autos respectivos tratamento de acesso restrito.

§1º O acordo estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo e constarão do documento as seguintes cláusulas e condições:

I. qualificação completa dos signatários e de seus representantes legais, incluindo nome, denominação ou razão social, documento de identidade, CPF ou CNPJ, endereço completo, telefone, fax e correio eletrônico;

II. qualificação do representante legal com poderes para receber intimações durante o curso do processo administrativo;

III. indicação de fax e correio eletrônico onde as intimações poderão ser efetivadas;

IV. exposição dos fatos relativos à infração noticiada, com a identificação de seus autores, dos produtos ou serviços afetados, área geográfica afetada e duração da infração noticiada ou sob investigação;

V. confissão expressa da participação do signatário do acordo de leniência no ilícito; VI. declaração do signatário do acordo de leniência de que cessou seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação;

VII. lista com todos os documentos e informações fornecidos pelo signatário do acordo de leniência, com o intuito de comprovar a infração noticiada ou sob investigação;

VIII. obrigações do signatário do acordo de leniência:

a) apresentar à Superintendência-Geral e a eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais de que detenham a posse, custódia ou controle, capazes de comprovar a infração noticiada ou sob investigação;

b) apresentar à Superintendência-Geral e a eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência todas e quaisquer novas informações, documentos ou outros materiais relevantes de que venham a ter conhecimento no curso das investigações;

c) apresentar todas e quaisquer informações, documentos ou outros materiais relacionados à prática relatada de que detenham a posse, custódia ou controle, sempre que solicitado pela Superintendência-Geral e por eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência no curso das investigações;

d) cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo relacionado à infração relatada a ser conduzido pela Superintendência-Geral e eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência;

e) comparecer, quando solicitado, sob suas expensas, a todos os atos processuais até a decisão final sobre a infração noticiada, proferida pelo Cade;

f) comunicar à Superintendência-Geral e a eventuais outras autoridades signatárias do acordo de leniência toda e qualquer alteração dos dados constantes no instrumento de acordo de leniência, inclusive os qualificadores; e

g) portar-se com honestidade, lealdade e boa-fé durante o cumprimento dessas obrigações.

IX. disposição de que o não cumprimento pelo signatário das obrigações previstas no acordo de leniência resultará em perda da imunidade com relação a multas e outras sanções;

X. declaração da Superintendência-Geral de que o signatário do acordo de leniência foi o primeiro a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação, conforme o caso;

XI. declaração da Superintendência-Geral de que não dispunha de provas suficientes para assegurar a condenação do signatário do acordo de leniência pela infração noticiada no momento da propositura do acordo de leniência;

XII. declaração da Superintendência-Geral a respeito de seu conhecimento prévio, ou não, sobre a infração noticiada, no momento da propositura do acordo de leniência; e

XIII. outras obrigações que, diante das circunstâncias do caso concreto, forem reputadas necessárias.

informar ao departamento a existência de outras infrações à ordem econômica na qual participasse.

No caso brasileiro, a Lei de Defesa da Concorrência prevê expressamente todo um rol e aspectos que devem ser observados pelo Tribunal do Cade quando da aplicação das penas previstas no referido diploma legal para punir os infratores da ordem econômica. Estão esses aspectos previstos em seu art. 45⁶⁴, no qual merece especial atenção aquele contido no inciso II: a boa-fé; princípio que também é invocado pelo art. 86, parágrafo 4º, inciso II⁶⁵, o qual discorre sobre os critérios que devem estar presentes para a concessão da leniência parcial.

Diante desse quadro de fatores e de uma inviabilidade de alteração legislativa para a inclusão formal do *penalty plus* e da *omnibus question*, Athayde (2016) considera a possibilidade de utilização do princípio no sentido de agravamento da multa pelo Cade quando do julgamento do cumprimento do acordo. No entanto, até o presente momento a boa-fé tem sido utilizada apenas no sentido contrário, o de atenuação da sanção. (REIS; CASAGRANDE, 2017; ATHAYDE, 2016).

No que tange à *Omnibus Question*, cumpre mencionar que esta já ocorre na prática do Cade. No entanto, em razão da ausência da tipificação de perjúrio⁶⁶, diferente do que ocorre nos Estados Unidos, a legislação não equipou o programa de leniência brasileira para que este punisse quem deixasse de respondê-la ou omitisse sua participação em outro cartel. Ainda, se assim o houvesse feito, surgiria então o debate da usurpação de competência pelo Cade, considerando-se que este estaria jurisdicionando sobre matéria de Direito Penal, competência do Poder Judiciário Dessa

⁶⁴ Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator; e

VIII - a reincidência.

⁶⁵ § 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

⁶⁶ (FERREIRA, 2010).

forma, haveria a necessidade de se pensar em maneiras mais efetivas de colaboração entre Cade, Ministério Público e Poder Judiciário.

Essa questão pode ter efeitos negativos, uma vez que, segundo Athayde (2016): possivelmente, o uso da *Omnibus Question* pode se constituir uma importante ferramenta no esforço de fazer com que as empresas e/ou indivíduos “limpem a casa” e implementem programa de *compliance* eficazes”.

4.3.2 Uma ou múltiplas conclusões? Uma solução para os *procollusive effects*?

Chama a atenção uma das práticas do Cade quanto à investigação de cartéis, de certa maneira poderia amenizar, em alguns casos específicos, a possibilidade de efeitos *procollusive*. Esta seria a possibilidade de o CADE considerar mais de uma conduta como um mesmo cartel, assim inviabilizando a leniência *plus* ou que empresas adentrem em mais condutas no intuito de se beneficiarem da leniência e de potenciais benefícios sobre a condenação em uma primeira prática de cartel, ao adotar-se a lógica de crime continuado presente no art. 71 do Código Penal Brasileiro⁶⁷

Athayde e Campos (2016) discorrem sobre a problemática e eles concluem que existe a possibilidade de certa discricionariedade do Conselho ao considerar várias condutas como uma só. No entanto, a SG/CADE deve se ater a uma lista de parâmetros a serem analisados com base no critério da preponderância.

Assim, propõe-se, no presente artigo, que, quando da análise da existência de uma colusão única ou de múltiplas colusões, pelo menos os dez parâmetros a seguir sejam considerados. Tais parâmetros são apresentados entre aqueles objetivos, por dizerem respeito a elementos da conduta, e aqueles subjetivos, por dizerem respeito às pessoas jurídicas ou físicas envolvidas na conduta. Importante ressaltar, desde já, que essa lista de parâmetros proposta é exemplificativa e não deve ser lida como uma *checklist* taxativa. (ATHAYDE; CAMPOS, 2016, p. 90).

A questão suscitada pode ser uma possível solução em casos específicos, delimitados pelos mencionados parâmetros. No entanto, permanece a problemática para a situação em que as condutas não se encaixam nesses requisitos e assim podem ser

⁶⁷ Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (BRASIL, 1940).

considerados duas práticas de cartel separadas. Além desse fato, alerta-se para a questão da discricionariedade nos programas de leniência. Ao mesmo tempo que permite mais autonomia na investigação e punição de cartéis, prejudica a segurança jurídica, característica essencial de programas de leniência efetivos. (HAMMOND, 2004).

CONCLUSÃO

O Programa de Leniência do Cade revolucionou a atividade do antitruste no Brasil. Os dados encontrados mostram como a atividade do Conselho tem se intensificado e apresentado resultados surpreendentes, especialmente se comparados com o programa anterior à vigência da Nova Lei de Defesa da Concorrência em 2012. Assim, a instituição faz jus ao crédito e ao reconhecimento que tem recebido por seu desempenho⁶⁸.

É verdade que o programa brasileiro muito se utilizou da experiência dos Estados Unidos em sua formação e sua implementação, como muitas outras legislações também o fizeram. No entanto, o esforço para o aperfeiçoamento de programas de leniência é hoje compartilhado pelas as agências antitrustes das mais diferentes jurisdições⁶⁹, haja vista o cenário de maior integração entre os países provocados pelos fenômenos da globalização. Assim, é de importância ímpar o esforço integrativo dessas autoridades no desenvolvimento de técnicas, além do aprimoramento de mecanismos de atuação conjunta em casos de grandes cartéis de multinacionais.

A comunidade internacional antitruste mostra-se bastante receosa quanto à utilização de mecanismos ao redor do globo sem que sejam realizados estudos mais aprofundados concernentes aos possíveis efeitos disso. No Brasil, estão presentes algumas dessas polêmicas característica, como é o caso da leniência *plus*. Reitere-se que o programa brasileiro, embora inspirado no programa dos EUA, implantou a leniência *plus* de forma parcial, sem trazer o *penalty plus*. Com base no entendimento de alguns autores, poder-se-ia então dizer que o ordenamento brasileiro optou por conceder a cenoura extra (leniência *plus*) sem o porrete *extra* (*extra stick*). Tal fator merece atenção, principalmente na possibilidade de acarretar efeitos *procollusive*.

No tangente aos receios mencionados efeitos, frisa-se que tal preocupação não é exclusiva do programa de leniência brasileiro. A própria OCDE reconhece que os programas de leniência, embora eficazes, devem ser estudados mais a fundo, incluindo

⁶⁸BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Cade é eleito melhor agência antitruste das Américas**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

⁶⁹ INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK. **What is the ICN?** Disponível em: <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

o pioneiro programa dos EUA, principalmente no tangente a mecanismos inovadores que não possuem uma base teórica que suporte a sua eficácia, mas se baseiam na experiência prática, como o pacote *plus* (*plus package*).

Como aduz o professor Martynizin (2014) é necessário que seja levada em conta as características específicas de cada jurisdição na hora do planejamento e na implementação de um programa de leniência.

Os resultados que o Cade vem obtendo com a leniência denunciam o impacto que esta traz sobre o combate a cartéis. Todavia, os números apresentados mostram apenas a eficácia quanto ao combate a cartéis. Há uma carência de estudos que avaliem o “*deterrence*”, ou capacidade de inibição da formação de novos cartéis. Há de ser considerada ainda a dificuldade de avaliar tal característica. No entanto, é de suma importância que seja feita para que realmente possa ser comprovada a eficiência do programa em face dos efeitos *procollusive*. É possível que, por razão de seus poucos anos de existência, não seja possível ou eficiente realizar tal investigação, uma vez que esses efeitos ocorrem a longo prazo e a sociedade brasileira ainda está se adaptando e se adequando à existência desse programa, à medida que os esforços do Cade em operar uma política transparente apresentem resultados e garantem a publicidade da ferramenta, como mencionam Athayde e Fidelis (2016b).

Observou-se ainda que a análise individualizada dos elementos que compõe um programa de leniência é complexa. Estes, muitas vezes, são possíveis de produzir tanto efeitos *procollusive* quanto estimular a concorrência. Assim, as autoridades antitruste, na hora de decidirem se incorporar ou não qualquer destes elementos, devem fazê-lo após exame minucioso dos seus possíveis efeitos, considerando-se as particularidades de cada ordenamento jurídico.

Ressalta-se que esta pesquisa não almeja o esgotamento do tema, mas sim que possa conduzir a novas investigações que façam a análise qualitativa da eficácia dos instrumentos do programa de leniência.

Durante a realização desta pesquisa, outras inquietações surgiram. Uma delas diz respeito ao elevado valor concedido pela *leniência plus* no Brasil. O desconto previsto em lei é de 1/3, estando entre os mais altos do mundo⁷⁰. Diante da ausência de discricionariedade do Cade para conceder descontos em diferentes valores, permanece a dúvida se o Conselho poderia, em face de um caso em que o segundo cartel possuir

⁷⁰ Martynizin (2014).

dimensões muito aquém do primeiro, deixar de conceder o benefício, mas abrir mão da oportunidade de conhecer outro cartel.

Outro tópico carente de atenção é a questão da implementação do *Penalty plus*. A pesquisa mostra a possibilidade de o Cade instituí-lo na prática partindo-se da previsão do princípio da boa-fé do proponente da leniência. Contudo, devem ser realizados estudos sobre a possibilidade de alteração normativa, de maneira a incluí-lo como ferramenta, assim atribui-lhe legalidade. Adianta-se que o tema esbarra no princípio constitucional da não autoincriminação⁷¹, uma vez que no Brasil a leniência envolve também competências da seara criminal e, ainda que assim não o fosse, sua aplicação no processo administrativo é discutível⁷².

Cumpra mencionar que os resultados obtidos se aplicam apenas no contexto em que a parte proponente é uma empresa que opera em mais de um mercado, não se estendendo aos casos em que ela opera apenas em um cartel ou que o Cade assim o entenda⁷³.

⁷¹ Art. 5º, LXIII da CRFB/88 (BRASIL, 1989).

⁷² GOMES, L. F. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

⁷³ Athayde e Campos (2016).

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA NETO, E. S. M de. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito. Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2015.
- ATHAYDE, A. L. M. **Leniency, leniency plus and penalty plus in Brazil**. ICN Cartel Workshop. Madrid: [s.n.]. 2016.
- ATHAYDE, A. L. M; FIDELIS, A. L. **Discovery, leniência , TCC e persecução privada a cartéis: too much of a good thing?** In.: Direito de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Revista do Ibrac. v. 22, nº. 2, p. 89-116. 2016.
- ATHAYDE, A. L. M; FIDELIS, A. L. **Leniency programme in Brazil – recent experiences and lessons learned**. 14th Latin American and Caribbean Competition Forum. Cidade do México: [s.n.]. 2016a.
- ATHAYDE, A. L. M; FIDELIS, A. L. **Nearly 16 Years of The Leniency Program in Brazil: Breakthroughs and Challenges in Cartel Prosecution**, junho 2016b.
- BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Programa de Leniência**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/programa-de-leniencia>>. Acesso em: 31 out. 2018.
- BRASIL. **Código Penal**. Decreto Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Cade divulga resultado de seleção para o ICN Unilateral Conduct Workshop**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-divulga-resultado-de-selecao-para-o-icn-unilateral-conduct-workshop>>. Acesso em: 29 nov. 2018.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Guia do Programa de Leniência do Cade**. Maio, 2016: Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia_programa-de-leniencia-do-cade-final.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Guia de TCC do Cade**. Maio. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-versao-final-1.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Regimento Interno do Cade. 2018. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno/REGIMENTOINTERNODOCONSELHOADMINISTRATIVODEFESAEC ONMICA Versopsemenda2.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Cade é eleito melhor agência antitruste das Américas**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-eleito-melhor-agencia-antitruste-das-americas>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Cade celebra acordo com construtora Camargo Corrêa na investigação de cartel em licitações da Petrobras**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordo-com-construtora-camargo-correa-na-investigacao-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras>>. Acesso em: 1º nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8884.htm>. Acesso em: 29 nov. 2018.

BRASIL. Ministério Público Federal. Entenda o caso. Caso da Lava Jato. **Para o cidadão**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 31 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. **Combate a Cartéis e Programa de Leniência**. ed. 3. Brasília, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BUFFIER, B. W. et al. Cartel leniency in United States: overview. Practical Law. 2014. Disponível em: <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-501-2185?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-501-2185?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)>. Acesso em: 11 nov. 2018.

CLEMENS, G.; RAU, H. A. Do Leniency Policies Facilitate Collusion? Experimental Evidence. **DICE Discussion Paper**, Dusseldorf, Janeiro, 2014.

COÊLHO, D. P. **Um *plus* à investigação da criminalidade econômica**: o valor probatório da colaboração premiada no Direito Penal Econômico e no antitruste. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito. Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2015.

CONNOR, J. M. **Cartel Amnesties Granted**: Worldwide WhistleBlowers. West Lafayette, Indiana: [s.n.], 2009.

DEPARTMENT OF JUSTICE. **Frequently asked questions about the antitrust division's Leniency Program and the model leniency Letters**. 2008.

DIJKSTRA, P. T.; SCHOONBEEK, L. **Amnesty Plus and Multimarket Collusion**. [S.l.]: [s.n.], 2009.

FERREIRA, M. A. G. A Ausência do Crime de Perjúrio no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista da Secção Judiciário do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 17, p. 143-150, dez, 2010.

GOMES, L. F. Princípio da não auto-incriminação: significado, conteúdo, base jurídica e âmbito de incidência. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2066298/principio-da-nao-auto-incriminacao-significado-conteudo-base-juridica-e-ambito-de-incidencia>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

HAMMOND, S. D. **Cornerstones of an effective leniency program**. ICN Workshop on Leniency Programs. Sidney: [s.n.]. 2004.

HAMMOND, S. D. **Measuring The Value of Second-In Cooperation in Coporate Plea Agreement**. Washington D.C.: [s.n.]. 2006b.

HAMMOND, S. D. **The Evolution of Criminal Antitrust Enforcement Over the last Two deCades**. Miami, Florida: [s.n.]. 25 fev 2010.

HAMMOND, S. D. **The U.S Model of Negotiates Plea Agreements**: A Good Deal With Benefits For All. OECD Competition Committee. Paris , França: [s.n.]. 2006a.

INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK. **Anti-Cartel Enforcement Manual. Chapter 2 Drafting and implementing an effective leniency policy**. Abril, 2014. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMLeniency.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2018.

INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK. **What is the ICN?** Disponível em: <<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

JESUS, A. M. de. **Concorrência & Pobreza**: a política antitruste e a jurisprudência do Cade sob o olhar dos desfavorecidos. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito. Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2017.

JÚNIOR, L. A. G. **A delação premiada na defesa da concorrência**: Perspectivas para a Política Brasileira de Leniência no Combate a Carteis. Florianópolis: [s.n.], 2013.

JÚNIOR, L. A. G. **A delação premiada na defesa da concorrência: perspectiva para a política brasileira de leniência no combate a cartéis**. Trabalho de Conclusão de Curso. Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). 2013.

LEFOUILI, Y.; ROUX, C. **Leniency programs for multimarket firms: the effect of amnesty plus on cartel formation**. [S.l.]: [s.n.], 2008.

MARRARA, T. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**. v. 2, n. 2, p 509-527. 2015.

MARTINEZ, A. P.; ARAÚJO, M. T. D. Antitruste servir de modelo para anticorrupção? **JOTA**, setembro 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-levy-salomao/coluna-do-levy-salomao-antitruste-pode-servir-de-modelo-para-anticorruptao-24092015>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

MARTYNIZIN, M. Leniency (Amnesty) Plus: a Building Block or a Trojan Horse? **Journal of Antitrust Enforcement**, Belfast, n. 10, 2014.

MARX, L. M; MAZZERTI, C. Leniency, profiling and reverse profiling in multi-product markets: strategic challenges for competition authorities. In.: BEATON-WELLS, C. TRAN, C. **Anti-Cartel Enforcement in a contemporary age: leniency religion**. Hart Publishing. 2015.

MORAIS, F. D. M. B. B. D.; BONACCORSI, D. V. A colaboração por meio do acordo de Leniência e seus impactos junto ao Processo Penal Brasileiro - Um estudo a partir da "Operação Lava Jato". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 122, agosto, 2016.

MOREIRA, E. A. D. S.; PEÑALOZA, R. Programas de Leniência, Corrupção e o Papel da Corregedoria da Autoridade Antitruste. **Anais do XXXII Encontro Nacional de Economia [Proceedings of the 32th Brazilian Economics Meeting]**, Brasília, n. 91, julho, 2004.

MUSSI, D. M. **Leniência como ferramenta de combate a cartéis: análise da experiência brasileira sob a ótica da eficiência econômica**. Belo Horizonte: [s.n.], 2017.

O'BRIAN, A. **Cartel settlements in the U.S and EU: similarities, differences & remaining questions**. Antitrust Division U.S Department of Justice. 13th Annual EU Competition Law and Policy Workshop. 2008.

OCDE. **Challenges and Co-Ordination of Leniency Programmes - Background Note by the Secretariat**. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. [S.l.]: [s.n.]. 2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Policy Roundtable**. Plea Bargaining. 2008.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Using Leniency to Fight Hard Core Cartels. **OECD Observer - Policy Brief**, Setembro 2001.

PINHA, L. C.; BRAGA, M. J.; OLIEIRA, G. A. S. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 133-152, maio, 2016. ISSN 2318 2253.

POLLEY, R. Is the continued success of leniency in cartel cases in danger? Some Comments from a private practitioner's perspective. **CPI Antitrust Chronicle**, n. 1, setembro, 2015.

REIS, I. S.; CASAGRANDE, R. R. Brazil's Leniency program and its effects in the compliance culture. **Brazilian AntiTrust Law (Law n. 12.529/11): 5 years**, p. 249-260, abril, 2017.

REIS, I. S.; CASAGRANDE, R. R. Brazil's Leniency Program and Its Effects in the Compliance Culture. **Brazilian antitrust law (Law n. 12.529/11): 5 Years**, p. 249-260, abril, 2017.

RESVIK, A. **The Introduction of "Leniency Plus" as a Tool for the European Commission in the Fight Against Cartels**. Uppsala: [s.n.], 2014.

ROUX, C.; UNGERN-STERNBERG, T. V. Leniency Programs in a Multimarket Setting: Amnesty Plus and Penalty Plus, maio, 2007.

RUFINO, V. S. **Os fundamentos da delação**: análise do Programa de Leniência do Cade à luz da Teoria dos Jogos. Brasília: [s.n.], 2016.

SALES, M. R.; JÚNIOR, C. J. B. [S.l.]: [s.n.].

SANTOS, L. A. **A legislação concorrencial no Direito americano: análise de aspectos relevantes**. XXI Encontro Regional dos Estudantes de Direito. Encontro Regional da Assessoria Jurídica Universitária. Crato/Ceará, 2008. Disponível: <<https://onedrive.live.com/?authkey=%21ADV1-kPr4HrbL04&cid=77C9D6B87C8F634C&id=77C9D6B87C8F634C%2116897&parId=77C9D6B87C8F634C%2116888&o=OneUp>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

SARTINI, B. A. et al. **Uma introdução à Teoria dos Jogos**. [S.l.]: [s.n.], 2004.

SARTINI, B. et al. Uma Introdução a Teoria dos Jogos. In: II BIENAL DA SBM, Universidade Federal da Bahia, 25 a 29 de outubro de 2004. **Anais**. Salvador, 2004.

SIMÃO, V. M.; VIANNA, M. P. **O acordo de leniência na lei anticorrupção**: histórico, desafios e perspectivas. São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

SOLON, A. M.; ZATZ, R. Acordo de Leniência – Possibilidade de expansão. **Migalhas**, 2012. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI167050,101048-Acordo+de+leniencia+Possibilidade+de+expansao>>. Acesso em: 5 nov. 2018.

SOUZA, G. L. de.; OLIVEIRA, N. C. M. de. O programa de leniência e o início da Operação Lava-Jato. **Revista Direito em Ação**. v. 14, nº. 1, p. 46-73, jan/jun. 2015.

SPRATLING, G. R. **Making companies an offer they shouldn't refuse**. Bar Association of the District of Columbia's. Washington, D.C: [s.n.]. 1999.

SPRATLING, G. R.; ARP, D. J. A new paradigm for counsel responding to international cartel investigations. **Global Competition Review**, v. 6, p. 28-33, outubro, 2003.

SPRATLING, G. R.; ARP, D. J. Internacional cartel enforcement and leniency programs. **A Global Perspective**. Sidney, Austrália, 2004.

THE UNITED STATE. Department of Justice. Bridgestone Corp. Agrees to Plead Guilty to Price Fixing on Automobile Parts Installed in U.S. Cars. **Justice News**. fev. 2014. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/bridgestone-corp-agrees-plead-guilty-price-fixing-automobile-parts-installed-us-cars>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

WILS, W. P. J. **Leniency in antitrust enforcement: Theory and Practice**. [S.l.]: [s.n.]. 2007.

ZINGALES, N. European and american Leniency Programmes: Two Models Towards Convergence? **The Competition Law Review**, v. 5, p. 5-60, dez., 2008. ISSN 1745-638X.